

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

# LE DIVORCE

ET

## LA SÉPARATION DE CORPS

### EN DROIT ALLEMAND

PAR

JEAN PRIOU

AVOCAT A LA COUR DE PARIS  
DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

THÈSE DE DOCTORAT JURIDIQUE

présentée et soutenue le mardi 5 juin 1923 à 3 heures et demie

*Président* : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

*Suffragants* :  $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. BARTIN, professeur.} \\ \text{M. HÉMAR, professeur.} \end{array} \right.$

---

IMPRIMERIE BERGER-LEVRAULT

NANCY-PARIS-STRASBOURG

1923







Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41547525\\_0047](https://archive.org/details/IA41547525_0047)

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

---

# LE DIVORCE

ET

## LA SÉPARATION DE CORPS

### EN DROIT ALLEMAND

PAR

JEAN PRIOU

AVOCAT A LA COUR DE PARIS  
DOCTEUR ÈS SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES

THÈSE DE DOCTORAT JURIDIQUE

présentée et soutenue le mardi 5 juin 1923 à 3 heures et demie

*Président* : M. LÉVY-ULLMANN, professeur.

*Suffragants* :  $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. BARTIN, professeur.} \\ \text{M. HÉMAR, professeur.} \end{array} \right.$

---

IMPRIMERIE BERGER-LEVRAULT

NANCY-PARIS-STRASBOURG

1923

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation  
aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être  
comme propres à leurs auteurs.**



A MON REGRETTÉ PÈRE

LUCIEN PRIOU

AVOCAT A LA COUR DE RENNES

J. P.



# TABLE DES MATIÈRES

|                              | Pages |
|------------------------------|-------|
| TABLE DES MATIÈRES . . . . . | V     |
| BIBLIOGRAPHIE . . . . .      | IX    |
| INTRODUCTION . . . . .       | 1     |
| ABRÉVIATIONS . . . . .       | XIII  |

## PREMIÈRE PARTIE

### DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU DROIT DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS EN ALLEMAGNE

|                                                                                                                                                 |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — LES TEMPS BARBARES. . . . .                                                                                                       | 7  |
| CHAPITRE II. — DROIT CANONIQUE . . . . .                                                                                                        | 9  |
| § 1. Évolution du droit canonique en matière<br>matrimoniale . . . . .                                                                          | 9  |
| § 2. Modalités du droit canonique concernant<br>la dissolution et le relâchement du lien<br>matrimonial. . . . .                                | 11 |
| 1 <sup>o</sup> Dissolution du <i>matrimonium ratum</i><br><i>non consummatum</i> pour cause de <i>pro-</i><br><i>fessio religiosa</i> . . . . . | 12 |
| 2 <sup>o</sup> Dissolution du <i>matrimonium ratum</i><br><i>non consummatum</i> par dispense pon-<br>tificale . . . . .                        | 12 |
| 3 <sup>o</sup> Dissolution du <i>matrimonium non ra-</i><br><i>tum</i> . . . . .                                                                | 13 |
| 4 <sup>o</sup> La séparation perpétuelle de table et<br>de lit . . . . .                                                                        | 13 |
| 5 <sup>o</sup> La séparation temporaire de table et<br>de lit . . . . .                                                                         | 14 |
| CHAPITRE III. — DROIT PROTESTANT. . . . .                                                                                                       | 15 |
| § 1. Développement historique du divorce pro-<br>testant . . . . .                                                                              | 15 |
| § 2. La séparation temporaire de table et de lit<br>en droit commun protestant . . . . .                                                        | 18 |
| § 3. Dissolution du mariage entre époux de reli-<br>gion différente. . . . .                                                                    | 19 |
| § 4. Divorce par rescrit du souverain . . . . .                                                                                                 | 20 |

|                                                                                                                                                                                                                    | Pages |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| CHAPITRE IV. — DROIT COMMUN PRUSSIE (A. L. R.). . . . .                                                                                                                                                            | 22    |
| CHAPITRE V. — CODE NAPOLEON. . . . .                                                                                                                                                                               | 28    |
| CHAPITRE VI. — L'UNIFICATION ET LA CODIFICATION. . . . .                                                                                                                                                           | 31    |
| § 1. Loi du 6 février 1875, sur l'état des personnes et la célébration du mariage. . . . .                                                                                                                         | 32    |
| § 2. Rédaction du Code civil. Travaux préparatoires. Motifs et premier projet. Deuxième, troisième et quatrième projets. Première, deuxième et troisième lectures du quatrième projet devant le Reichstag. . . . . | 33    |
| § 3. Loi d'introduction au Code civil . . . . .                                                                                                                                                                    | 43    |

## DEUXIÈME PARTIE

### LE DIVORCE ET LA SUPPRESSION DE LA COMMUNAUTÉ DE VIE CONJUGALE DANS LE DROIT ALLEMAND ACTUEL

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| CHAPITRE I. — CAUSES DU DIVORCE . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 46 |
| § 1. Adultère . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | 46 |
| § 2. Attentat à la vie . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | 48 |
| § 3. Abandon malicieux. . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 49 |
| § 4. Causes relatives . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 51 |
| § 5. Démence . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                | 55 |
| CHAPITRE II. — PROCÉDURE . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    | 61 |
| 1° Compétence du tribunal; 2° intervention du ministère public; 3° capacité; 4° requête et demandes reconventionnelles; 5° représentation en justice; 6° tentatives de conciliation; 7° jugement par défaut; 8° preuves; 9° suspension de la procédure; 10° jugement; 11° appel, revision; 12° mesures provisoires; 13° fins de non-recevoir. . . . . |    |
| CHAPITRE III. — EFFETS DU DIVORCE . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                           | 70 |
| § 1. Effets propres au divorce . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                              | 70 |
| A) Nom de la femme . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | 72 |
| B) Obligation d'entretien des époux . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | 74 |
| C) Révocation des donations . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |    |
| D) Conséquences du divorce sur le droit des successions . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                     | 74 |
| E) Obligation d'entretenir les enfants. . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                       | 74 |
| F) Garde des enfants . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | 75 |
| § 2. Effets généraux du divorce . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                             | 76 |
| A) Effets civils . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | 76 |
| B) Effets de droit public . . . . .                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | 77 |

|                                                                                                  | Pages |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| CHAPITRE IV. — SUPPRESSION DE LA COMMUNAUTÉ DE VIE CONJUGALE . . . . .                           | 78    |
| A) Idée d'ensemble. . . . .                                                                      | 78    |
| B) Conditions . . . . .                                                                          | 80    |
| C) Effets . . . . .                                                                              | 81    |
| D) Disparition de la suppression de vie conjugale commune . . . . .                              | 81    |
| CHAPITRE V. — LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ALLEMAND . . . . | 82    |
| CONCLUSION . . . . .                                                                             | 84    |
| APPENDICE I. — Statistiques. . . . .                                                             | 88    |
| APPENDICE II. — Morceaux choisis des travaux préparatoires . . . .                               | 91    |
| A. Motifs . . . . .                                                                              | 91    |
| B. <i>Protokolle für die zweite Lesung</i> . . . . .                                             | 99    |
| C. <i>Denkschrift zum Entwurf</i> . . . . .                                                      | 108   |
| D. <i>Bericht der Reichstag kommission.</i> . . . .                                              | 110   |
| E. Débats du Reichstag . . . . .                                                                 | 112   |



## BIBLIOGRAPHIE

Les chiffres qui précèdent l'indication bibliographique répondent à la cote des catalogues de la Bibliothèque de la Faculté de Droit de Paris (F. D.) et de la Bibliothèque Nationale (B. N.). S. B. = Staatsbibliothek de Berlin.

- (F. D.) 45.303. . . . . ALBRECHT (Karl). — *Die Ehescheidungsgründe des B. G. B.*, 1902.
- (F. D.) 45.028. . . . . Annuaire de Législation étrangère.
- (S. B.) . . . . . *Archiv für Bürgerliches Recht* (KÖHLER et BING).
- (S. B.) . . . . . *Archiv für Entscheidung* (SEUFFERT).
- (F. D.) 45.078. . . . . *Archiv für die Civilistische Praxis*.
- (F. D.) 32.845. . . . . BAEHR. — *Gegenentwurf zu dem Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich* (1891-1892).
- (F. D.) 33.914. . . . . BARRE (Ernest). — *Le Code civil allemand et le Code civil français comparés entre eux* (Traduction HARTMAN). Paris-Berlin, 1899.
- (F. D.) 32.540. . . . . BEHAGHEL. — *Das Badische Königl. Recht und der Code Napoléon*. Tauberbischofsheim, 1891-1892.
- (F. O.) 23.142 . . . . . Bulletin de la Société d'Études législatives, 1906, p. 118. Rapport sur les causes de divorce (Albert TISSIER).
- (F. D.) 45.027. . . . . Bulletin de Législation comparée.
- (F. D.) 31.521/13.593 . . . . *Bürgerliches Gesetzbuch*.
- (F. D.) 34.104 . . . . . BRISSAUD. — *Manuel d'Histoire du Droit français*. Paris, 1903.
- (F. D.) 45.323/1.248 . . . . BREITGOLF (Hans). — *Ehescheidung und Ehenichtigkeit im kanonischen Recht*. Leipzig, 1912.
- (F. D.) 31.119.<sup>2</sup> . . . . . BRUNNER. — *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*. Leipzig, 1912.
- (F. D.) 36.680. . . . . CAILLEMER (pièce 4). — *Les Travaux récents sur l'état social des Germains*.
- (F. D.) Thèse, Paris . . . . CENTNER (Édouard). — *Le Divorce et la séparation de corps en droit international privé*. 1893.

- (F. D.) 27.677<sup>19</sup> . . . . . Code civil allemand traduit et annoté par MM. BUFNOIR, CHALLAMEL, DRIOUX, GENY, LÉVY-ULLMANN, SALEILLES et SÉE (2<sup>e</sup> édit. 1906-1914).  
Ce Code a été traduit également par MM. GRÜBER, DE LA GRASSERIE et MEULENAERE sous une autre forme à l'époque de la promulgation du B. G. B.
- (F. D.) 32.393. . . . . COULON (Henri). — Le Divorce et la séparation de corps (1890-1897), 5 vol.
- (F. D.) 32.605. . . . . DARGUN. — *Mutterrecht*. Leipzig, 1892.
- (S. B.) . . . . . DAVIDSON. — *Das Recht der Ehescheidung*. 1900.
- (F. D.) 37.473. . . . . DENNER. — *Die Ehescheidung im neuen Testament*.  
*Entscheidung des Reichsgericht in Civilsachen*.
- (F. D.) 45.545. . . . . ERLER. — *Ehescheidungsrecht und Ehecivilprozess*. Berlin, 1900.
- (B. N.) 8<sup>o</sup> F. 12.011 . . . . . ESMEIN (Ademar). — Le Mariage en droit canonique. 2 vol. Paris, 1891.
- (F. D.) 32.217<sup>1</sup>. . . . . FAHRNER (Ignaz). — *Geschichte der Ehescheidung im kanonischen Recht*. Fribourg-en-Brisgau, 1903.
- (B. N.) 8<sup>o</sup> F. 20.371 . . . . . FEICK. — *Gegenseitige Einwilligung als Scheidungsgrund*. Berlin, 1911.
- (F. D.) 34.637. . . . . FRIEDBERG. — *Das Recht der Eheschliessung in seiner geschichtlichen Entwicklung*. Leipzig, 1887.
- (F. D.) 45.416. . . . . FULD. — Le Code civil allemand et le divorce (*Archiv für off. Recht*. 1897. Tome XII, p. 380).
- (F. D.) Thèse . . . . . GAILLARD (Albert). — Les causes du divorce en législation comparée (Thèse, Bordeaux, 1899) (1900, tome X).
- (B. N.) 8<sup>o</sup> F. 8.601 . . . . . GEFFECKEN (Heinrich). — *Zur Geschichte der Ehescheidung vor Gratian*. Leipzig, 1894.
- (B. N.) 8<sup>o</sup> F. 12.386 . . . . . GERHARD (Stephan). — *Die Ehescheidungsgründe des B. G. B. und ihre rückwirkende Kraft*. 1899.
- (F. D.) 29.334. . . . . GLASSON. — Les rapports du droit français et du droit allemand. Paris, 1882.
- (S. B.) . . . . . GLÜCKMANN. — *Die Ehescheidung*. 1899.
- (F. D.) 13.698. . . . . HELLWEG. — *System des deutschen Zivilprozessrechts*. Leipzig, 1912.
- (B. N.) 8<sup>o</sup> Gr. 914. . . . . HESS (Félix). — *Insidien und Seviten als Ehescheidungsgrund*. Greifwald, 1912.
- (F. D.) 25.634. . . . . HINCHUS. — *Das Personen recht der Ehegatten im Entwurf eines B. G. B. — Das Kanonische Recht*.

- (F. D.) 11.410. . . . . HUBRICH. — *Das Recht der Ehescheidung in Deutschland*. 1891.
- (F. D.) 45.079. . . . . *Jerings Jahrbücher*.
- (F. D.) 35.288<sup>2</sup>. . . . . JACOBI. — *Das persönliche Eherecht in B. G. B.* Berlin, 1899.
- (S. B.) . . . . . *Jahrbücher des deutschen Recht*.
- (S. B.) . . . . . *Juristische Wochenschrift*.
- (F. D.) 37.895. . . . . KITCHIN. — *A history of divorce*. London, 1912.
- (F. D.) 13.599. . . . . LAURENT-BAILLY. — *Le divorce et la séparation de corps en France et à l'étranger*. Paris, 1910.
- (F. D.) 34.289. . . . . LEHR (Ernest). — *Le mariage, le divorce et la séparation de corps dans les principaux pays civilisés*. Paris, 1899.
- (S. B.) . . . . . LONING. — *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*. 1899.
- (F. D.) 35.523. . . . . LYON-CAEN. — *La femme mariée allemande*. Paris, 1903.
- (F. D.) 33.855<sup>2</sup>. . . . . MAAS. — *Bibliographie des B. R.* 1899.
- (B. N.) 8° O Lps. dr. 2.467. . . . . MUSER. — *Bedeutung, Umfang und Wirkung der Scheidungsgründe*. Leipzig, 1913.
- (F. D.) 36.927. . . . . NEUSTADT. — *Kritische Studien zum Familienrecht*. Berlin, 1907.
- (F. D.) Thèse . . . . . REGNAULT. — *Le Mariage et la séparation de corps en droit international*. Thèse, Paris, 1903. Tome XIV.
- (S. B.) . . . . . REITZENSTEIN. — *Die Bössliche Verlassung*. Greifwald, 1913.
- (F. D.) . . . . . *Revue de Droit international privé*.
- (S. B.) . . . . . RICHTER DOVE KAHL. — *Lehrbuch des katholischen u. evang. Kirchenrecht*.
- (F. D.) 35.746<sup>1</sup>. . . . . ROGUIN. — *Traité de droit civil comparé*. Paris, 1904.
- (B. N.) 8° O. Marb. 321 . . . . . ROSENTHAL. — *Wirkung des Ehescheidungsrechts*. Wiesbaden, 1919.
- (F. D.) 12.346. . . . . SALEILLES. — *Introduction à l'Étude du droit allemand*. Paris, 1904.
- (F. D.) (Thèse). . . . . SEMELAIGNE. — *Divorce et aliénation mentale*. Paris, 1919.
- (S. B.) . . . . . SCHMIDT. — *Ehescheidung und richterlichen Ermessen*. 1900.
- (F. D.) 31.348<sup>5</sup>. . . . . SCHROEDER. — *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*. Leipzig, 6<sup>e</sup> édit., 1919.
- (F. D.) 36.708. . . . . SCHUPFER. — *Il diritto privato dei popoli germanici*. Rome-Turin, 1907.
- (F. D.) 34.814. . . . . SECKEL. — *Die Aufhebung und die Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft im B. G. B.* 1900.

Ministère de la Justice et du  
Travail. . . . . Statistiques.

- (B. N.) 8° O. Bonn méd. 1746. STAUDACHER. — Le Divorce pour cause d'aliénation mentale. Thèse de médecine. Bonn, 1912 (en allemand).
- (S. B.) . . . . . STAULING. — Jurisprudence du Reichsgericht.
- (F. D.) . . . . . Traités généraux de droit civil allemand : BRAUN (en français), COSACK, CROME, DERNBURG, ECK, ENDEMAN, ENNEGERUS, GIERKE, HEUSSLER, KOHLER, LEHR (en français), PLANCK.
- (F. D.) . . . . . Travaux préparatoires du Code civil allemand.
- 31.521. . . . . *Motive zum Entwurf eines B. G. B.* M.
- 31.521<sup>1</sup>. . . . . *Entwurf eines B. G. B. 1888* . . . . P. 1
- 31.521<sup>2</sup>. . . . . *Entwurf eines B. G. B. (Zweite Lesung)* . . . . . P. 2
- 33.852<sup>1</sup>. . . . . *Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines B. G. B.* . . . . . Pr.
- 33.852<sup>2</sup> . . . . . *Entwurf eines B. G. B. in der Fassung der Bundesratsvorlagen.* P. 3
- 33.844. . . . . *Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.* . . . . . D.
- 33.843. . . . . *Entwurf eines B. G. B. in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage.* . . . . . P. 4
- 1.168. . . . . *Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B. G. B.* B.
- 33.852<sup>3</sup>. . . . . *Erste, zweite und dritte Beratung des Entwurfes eines B. G. B.* Ber.
- 33.682. . . . . *Das Bürgerliche Gesetzbuch. Achilles. Texte définitif* . . . . . T. D.
- (F. D.) 37.020. . . . . TRAVERS. — Les Conventions de La Haye, relatives au divorce et à la séparation de corps. Paris, 1909.
- (F. D.) 45.339/118 . . . . . VALLOTON. — Le Divorce et la séparation de corps. Lausanne, 1914.
- (F. D.) 45.303. . . . . WALTER (Hugo). — *Das Recht der Ehescheidung.* Munich, 1897.

## ABRÉVIATIONS

---

|                                                                 |          |
|-----------------------------------------------------------------|----------|
| <i>Oberlandsgericht</i> . . . . .                               | O.       |
| <i>Band</i> (Volume. Tome). . . . .                             | Bd.      |
| <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> . . . . .                        | B. G. B. |
| <i>Civilprozessordnung</i> . . . . .                            | C. P. O. |
| <i>Entscheidung des Reichsgericht</i> . . . . .                 | R. G.    |
| <i>Juristische Wochenschrift</i> . . . . .                      | J. W.    |
| <i>Deutsche Juristische Zeitung</i> . . . . .                   | D. J. Z. |
| <i>Motive zum Entwurf</i> . . . . .                             | M.       |
| <i>Protokolle der Kommission</i> . . . . .                      | Pr.      |
| <i>Denkschrift zum Entwurf</i> . . . . .                        | D.       |
| <i>Bericht der Reichstagkommission</i> . . . . .                | B.       |
| <i>Beratung des Entwurfes</i> . . . . .                         | Ber.     |
| <i>Entwurf I</i> (1 <sup>er</sup> projet) . . . . .             | P. 1     |
| <i>Entwurf II</i> (2 <sup>e</sup> projet) . . . . .             | P. 2     |
| <i>Entwurf II<sup>a</sup></i> (3 <sup>e</sup> projet) . . . . . | P. 3     |
| <i>Entwurf III</i> (4 <sup>e</sup> projet) . . . . .            | P. 4     |
| <i>Terte définitif</i> . . . . .                                | T. D.    |

---



## INTRODUCTION

---

L'étude des législations étrangères sur le divorce et la séparation de corps est une des plus vivantes que l'on puisse faire en droit comparé. Dépasant le domaine strictement juridique, elle nous donne la possibilité de découvrir dans les lois et les arrêts des tribunaux, la psychologie d'une race.

Ces considérations d'ordre général, qui seraient de nature à tenter un sociologue averti — doublé d'un jurisconsulte génial — d'entreprendre l'analyse de l'ensemble des législations du divorce et de la séparation de corps, ne peuvent qu'effrayer un modeste chercheur.

Aussi avons-nous choisi le divorce en droit allemand, dont le double intérêt tant au point de vue français que législatif est considérable.

Nous n'insistons pas sur l'importance qu'il y a, au lendemain de la Grande Guerre, à bien connaître le droit d'outre-Rhin. M. Lévy-Ullmann, professeur de législation comparée à la Faculté de Droit de Paris, rappelant, au début de son cours, en novembre 1922, à son auditoire attentif, les avantages de l'étude des droits étrangers, disait : « Depuis la guerre, dans les nombreuses conférences, combien de malentendus se sont produits entre peuples, dont la cause principale doit être attribuée à la méconnaissance des institutions étrangères et à l'impossibilité de traduire certaines expressions juridiques? »

Nous souscrivons d'autant plus à l'opinion de l'éminent professeur, que nous avons été à même de constater dans le Territoire de la Sarre et les pays rhénans les innombrables difficultés qui surgissaient entre les commissions, les autorités et la population, du fait que les décrets, avis et lois devaient être rédigés en langue française et allemande, après avoir été conçus, discutés par des cerveaux français et allemands.

Un peu plus de connaissance de notre part du langage technique, des us et des coutumes de nos voisins de l'Est aurait évité bien des ennuis.

D'un ordre moins élevé, mais toutefois très certain apparaît l'intérêt législatif d'une étude sur le divorce allemand.

Le Code civil allemand (B. G. B.), entré en vigueur au début du <sup>xx</sup>e siècle, est parmi les plus jeunes codes mondiaux. Issue de travaux laborieux, chaque partie a été longuement étudiée. En matière de divorce et de séparation de corps, les rédacteurs ont eu la prétention d'allier aux idées philosophiques les plus modernes, les vieux principes traditionnels et religieux. Ainsi l'aliénation mentale fut introduite comme cause de divorce après de durs débats. La procédure du divorce, à l'encontre de ce qui existe en droit français, a été incorporée dans le Code de procédure civile, révisé en 1898 (*in der Fassung 1898*). Enfin la séparation de corps a été conservée.

Dans une première partie nous esquisserons le développement historique du divorce et de la séparation de corps en Allemagne. Dans la deuxième partie, nous étudierons la législation du divorce et de la séparation de corps telle qu'elle a été réglementée par le B. G. B. et la jurisprudence.

Bien que nous tenions à ne pas nous écarter de notre sujet, et que notre intention soit de décrire seulement l'institution du divorce et de la séparation de corps en Allemagne, nous terminerons notre travail par un bref commentaire de l'article 17 de la loi d'introduction au

B. G. B., qui condense les règles allemandes du divorce en droit international privé.

Il nous reste à remercier M. Lévy-Ullmann d'avoir bien voulu nous guider et surveiller notre effort, nous apportant l'aide de ses vastes connaissances en législation étrangère.

---



PREMIÈRE PARTIE

DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE

DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS

EN ALLEMAGNE

---

L'analyse d'une institution juridique moderne ne saurait être complète si elle ne débutait par le rappel des dispositions antérieures. L'exposé historique prend dans notre sujet un relief particulier. Le récit du développement du droit tudesque en matière de divorce reproduit la longue lutte qui s'est livrée entre diverses tendances pour aboutir à la fin du xix<sup>e</sup> siècle à une codification, s'étendant à tout le territoire allemand.

On retrouve dans le droit de famille du B. G. B. un amalgame des textes disparates qui l'ont précédé : vieux principes germains ; législation canonique ; droit protestant ; droit commun prussien ; droits locaux ; Code civil français dit de Napoléon.

Il ne faudrait pas croire que ces législations du divorce se soient succédé d'une façon rigoureuse ou qu'elles aient été en vigueur chacune dans un État nettement déterminé. Un désordre législatif invraisemblable règne dans toute l'Allemagne à travers les vingt siècles d'histoire que nous allons parcourir.

Le divorce qui existait dans les lois barbares est chassé progressivement par le droit canonique qui institue à sa place la séparation de corps. Cependant, certains empereurs du Saint Empire romain et de nombreux princes continuaient à reconnaître le divorce : témoins les Miroirs de Saxe et de Souabe qui en énumèrent les causes.

Survient le protestantisme, rebelle aux injonctions de Rome.

Un de ses premiers actes est de proclamer le caractère civil du mariage, ce qui entraîne l'autorisation de divorcer.

Les juridictions évangéliques, malgré l'idée que le mariage est une affaire d'État, ne tardèrent pas à statuer sur les cas de divorce à elles présentés. Elles élaborèrent du <sup>xvi</sup><sup>e</sup> au <sup>xix</sup><sup>e</sup> siècle une jurisprudence qui formera, à l'aide de la doctrine protestante, le droit commun protestant du divorce, qui s'opposera au droit matrimonial, précisé par le Concile de Trente. Méconnue d'abord par les souverains, la coutume dissidente s'installera, vacillante d'abord à la paix d'Augsbourg, puis très forte après la paix de Westphalie, dans les pays à l'est du Rhin. Cela n'empêcha pas les législations des États particuliers de s'imposer çà et là. Issues pour la plupart du droit romain, elles forment un droit supplétoire, dont la nécessité se faisait sentir pour les époux non chrétiens.

Le Code Napoléon, introduit en Rhénanie et dans le duché de Bade de 1808 à 1810, demeura après 1815. Enfin, notons que le pouvoir souverain des princes était reconnu depuis longtemps en matière de divorce.

Nous ne pouvons prétendre décrire dans ses détails ce labyrinthe inextricable de lois et de coutumes. Il nous suffira d'en indiquer les grandes lignes.

---

## CHAPITRE I

### LES TEMPS BARBARES (1)

---

Le divorce des législations primitives ne fonctionne pas comme celui des temps modernes. Il n'y a ni sentence judiciaire, ni motifs préalablement déterminés.

A ses origines le droit germanique était archaïque. Ses sources étaient la coutume et la tradition. Sous la royauté franque il devint écrit (lois barbares, capitulaires, etc.). César et Tacite nous renseignent vaguement sur la vie de ces peuplades primitives, perdues dans les brumes humides et grises du Nord.

A côté du merveilleux éclat de la civilisation romaine, miroitant sous le soleil d'Italie et illuminant tout autour d'elle, le contraste est frappant.

Mais les mœurs des Germains étaient peut-être moins corrompues. Ils attachaient à l'union conjugale un caractère de pureté et de sainteté. *Unum corpus unamque vitam*, dit Tacite en parlant des deux époux. Le terme de *Ehe*, synonyme de convention, indique l'importance qu'ils attribuaient au lien du mariage (LEHR, p. 253).

La dissolution du mariage avait lieu, outre la mort, par la répudiation et le divorce.

1<sup>o</sup> *Répudiation*. — Dans les premiers temps, le mari seul avait le droit de répudier sa femme. Ce n'était pas un droit absolu. Il s'exposait à la vengeance des parents de la femme s'il la renvoyait pour des motifs en dehors des usages (Code des Burgondes, XXXIV).

La principale cause de répudiation était l'adultère. Il était puni très sévèrement. La femme coupable était dépouillée de

---

(1) BRISSAUD, p. 1059, III<sup>e</sup> partie; COULON, I, p. 114; LEHR, p. 253; LONING, p. 67; SCHROEDER, p. 330; SCHUPFER, p. 290.

ses vêtements, ses cheveux rasés et elle était frappée de verges devant toute la tribu. On la faisait aussi se pendre au gibet, ou se réfugier sur un bûcher. Dans certaines régions on la noyait dans le fumier.

Aussi l'adultère était-il rare!

Dans le capitulaire de Pépin (757), le mari peut répudier sa femme s'il la trouve déflorée, alors qu'il comptait l'épouser vierge.

D'autres causes de répudiation (injures graves, sortilège, violation de sépulcre) apparurent sous l'influence d'une constitution de Constantin.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur l'existence du droit de la femme à la répudiation. Pour Schrøder l'homme seul pouvait répudier. Brunner est de l'avis contraire. Il semble bien que ce dernier ait raison.

L'épouse, si nous admettons cette dernière opinion, pouvait chasser son mari s'il y avait adultère, s'il avait des mœurs contre nature, s'il tolérait que d'autres hommes la violassent, s'il introduisait une concubine dans la maison.

2° *Divorce*. — On divorçait par consentement mutuel (Formule de Marculf, II, 30), pour causes déterminées (adultère, incompatibilité de caractères, maladies graves).

La conquête romaine n'eut pas d'influence dans les régions temporairement occupées par les légions de Varus. La règle générale de la personnalité des lois était souveraine.

Il est à remarquer pourtant l'influence d'un courant juridique d'Ouest en Est qui a déferlé sur les pays rhénans et traversé le Rhin.

On retrouve dans des lois barbares (loi des Francs ripuaires) des coutumes gallo-romaines dont se servirent les rois francs pour divorcer. Cette influence s'est continuée à travers le Moyen Age et les siècles suivants. On retrouvera notamment sur les bords du Rhin le Droit canonique et surtout le Code civil français de 1806 qui viennent de l'Ouest (1).

---

(1) C'est en effet de Trèves que l'influence du catholicisme est partie pour s'étendre vers le Rhin et le centre de l'Allemagne.

## CHAPITRE II

### DROIT CANONIQUE (1)

---

L'histoire du droit matrimonial allemand se rattache depuis la chute de la royauté franque jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle à celle de tous les pays d'Occident.

L'Église catholique était parvenue, après de longs efforts, à s'attribuer la haute main sur les choses du mariage. Le succès de la réforme dans les pays du Nord de l'Europe n'empêcha pas certaines régions de l'Allemagne occidentale de rester fidèles au catholicisme (Bade, Bavière, Rhénanie, ouest de la Westphalie). Les règles établies par le Concile de Trente en matière de mariage furent donc appliquées. Elles sont demeurées valables jusqu'à la loi du 6 février 1875, qui proclamait, sur toute l'étendue du territoire allemand, le caractère civil du mariage et étendait le droit du divorce à tous les sujets du Reich.

#### § I. — ÉVOLUTION DU DROIT CANONIQUE EN MATIÈRE MATRIMONIALE

Dès les premiers siècles de notre ère, la doctrine de l'Église catholique romaine s'était dégagée des lois romaines et barbares. L'aspect religieux de l'union conjugale avait été opposé à l'idée de contrat civil, que concevaient les peuples germaniques et romain.

Le divorce était encore admis dans la pratique, malgré les

---

(1) BRUNNER, II, p. 311; COULON, I, p. 123; ESMEIN, t. II, p. 45; FAHRNER, p. 226; FRIEDBERG, p. 408; GEFFECKEN (ensemble de l'ouvrage); HINCHIUS, III, p. 291; HUBRICH, p. 3; KITCHIN, p. 49; LONING, p. 606; RICHTER-DOVE KAHL, p. 1050; SCHROEDER, p. 596.

Pères de l'Église, qui affirmaient le caractère sacré et indissoluble du lien matrimonial.

Il fallut les brillantes interventions de saint Augustin (1), Hincmar de Reims, Pierre Lombard et saint Thomas d'Aquin pour asseoir une théorie encore imprécise.

D'accord sur le principe de l'indissolubilité, les théologiens étaient divisés sur le point de savoir s'il y avait lieu de formuler des exceptions et permettre dans certains cas le divorce... Pour les uns, le texte de l'évangéliste saint Mathieu était en contradiction avec celui de saint Paul (*Ad Romam.*, VII, 1-3; saint Marc, XII, 12; saint Luc, XVI, 18; saint Mathieu, XIX, 7-9). Le premier permettait-il le divorce pour cause d'adultère alors que le deuxième l'interdisait?

Ce fut l'objet de longues controverses, qui aboutirent à la victoire de ceux qui optaient pour la prohibition du divorce pour quelque cause que ce fût (Voir, sur cette polémique, Esmein, Hinchius, Friedberg...).

Mais c'était là l'œuvre de théoriciens qui préparaient l'avenir et dont les préceptes ne deviendront des lois qu'au <sup>xiii</sup>e siècle. En attendant, la pratique ecclésiastique devait procéder avec prudence.

Au milieu du chaos laissé par les invasions, l'Église, quoiqu'elle fût le seul élément organisé, devait compter avec des monarques et des peuples qui étaient trop souvent de turbulents fidèles.

Elle commença d'abord par acquérir la juridiction sur les choses du mariage. Une fois qu'elle l'eut accaparée des mains du pouvoir civil, elle se préoccupa d'appliquer la doctrine en matière de divorce. Elle dut le faire avec beaucoup de précaution, et ce n'est qu'au <sup>xiii</sup>e siècle qu'elle parvint en Allemagne à rejeter le divorce proprement dit pour le remplacer par la séparation de corps tout en maintenant certaines exceptions.

C'est dans les *Libri pœnitentiales*, les décisions des conciles, les capitulaires ecclésiastiques que l'on enregistre le recul inin-

---

(1) On connaît ces paroles célèbres : *Hoc enim custoditur in Christo et Ecclesia, ut vivens cum vivente in æternum nullo divortio separetur. Ita manet inter viventes quoddam conjugale quod nec separatio nec cum altero copulatio possit auferre* (S. AUGUSTIN, *De nuptiis et concupiscentia*, I-x).

terrompu du divorce devant le principe de l'indissolubilité (VON LONING, *Geschichte des Deutschen Kirchenrechts*).

Alors qu'on admettait au début du ix<sup>e</sup> siècle, comme causes de répudiation ou de divorce, la captivité, l'impuissance, la condition servile, l'*error conditionis*, l'adultère, vers le xii<sup>e</sup> la dernière cause seule est encore admise. Elle deviendra sous peu une condition de la séparation de corps, *divortio ad quod toro et mensa* (1).

Du xiii<sup>e</sup> au xvi<sup>e</sup> siècle, le principe du mariage indissoluble règne sans conteste sous réserve des modalités que nous allons énoncer au paragraphe 2.

L'Église n'a cependant pas de droit matrimonial codifié. Son interprétation est coutumière. Il faut arriver aux violentes commotions religieuses du xvi<sup>e</sup> siècle qui amenèrent la Réforme et le Concile de Trente, pour trouver une réglementation homogène de la matière du mariage, y compris le *divortium*, par le droit canonique.

Des discussions très âpres s'élevèrent au sein du Concile de Trente. Les *theologi minores*, qui estimaient que le *divortium* devait être exclu pour quelque cause que ce fût, obtinrent gain de cause.

Mais l'Allemagne, depuis un demi-siècle, était en grande partie acquise au protestantisme. Les décisions du Concile de Trente n'allaient plus s'imposer qu'à un quart environ de la population de ce pays.

## § 2. — MODALITÉS DU DROIT CANONIQUE CONCERNANT LA DISSOLUTION ET LE RELACHEMENT DU LIEN MATRIMONIAL

Aucune terminologie juridique actuelle ne peut traduire exactement la situation des époux que le droit canonique autorise à reprendre leur liberté. Les termes dissolution et relâchement nous permettent de comprendre *grosso modo* sans que nous puissions saisir les véritables nuances. N'y a-t-il pas, en

---

(1) Le mot *divortium* signifiant séparation de corps s'est conservé dans certaines législations modernes qui n'admettent pas le divorce (le Code civil espagnol, par exemple, entend la séparation sous le terme *il divorzio*).

effet, une nuance entre la dissolution *matrimonium ratum non consummatum* par la dispense pontificale et la séparation de corps?

Les auteurs sont divisés. Les uns parlent de nullité, les autres d'exception au principe de l'indissolubilité.

Nous n'essaierons pas de prendre parti dans une controverse où les convictions religieuses et personnelles sont primordiales. Pour nous, la législation canonique, n'ayant plus force de loi, est morte. Elle n'a plus qu'un intérêt historique. C'est à ce point de vue que nous passerons en revue les cas où le mariage canonique, ayant été célébré, est considéré par l'autorité ecclésiastique d'une part comme non avenu, d'autre part, susceptible d'être dissous par la séparation de corps à vie ou temporaire.

**1<sup>o</sup> Dissolution du « *matrimonium ratum non consummatum* » pour cause de « *professio religiosa* » (1).**

Aussi longtemps que le mariage chrétien n'a pas été consommé, l'entrée solennelle dans les ordres religieux d'un des époux possède la force de dissoudre le lien matrimonial (Concile de Trente; sess. XXIV, 6).

Trois conditions sont exigées :

1<sup>o</sup> L'union doit avoir été consacrée par l'Église;

2<sup>o</sup> La prononciation des vœux doit s'accompagner de solennité;

3<sup>o</sup> La *copula carnalis* ne doit pas avoir eu lieu.

Quoique ces règles soient demeurées en vigueur jusqu'à la loi du 6 février 1875, elles avaient perdu de leur primitive dureté à mesure que les temps avançaient.

**2<sup>o</sup> Dissolution du « *matrimonium ratum non consummatum* » par dispense pontificale (2).**

Un mariage célébré, mais non consommé, peut être dissous par dispense pontificale. Cet attribut du Pape trouve sa source dans une coutume enracinée depuis les premiers temps du christianisme.

L'indissolubilité du mariage n'étant acquise que par la con-

---

(1) FRIEDBERG, p. 408; RICHTER-DOVE KAHL, p. 1171; HUBRICH, p. 15.

(2) FRIEDBERG, p. 409; HUBRICH, p. 21.

sommation, le Pape, sans toucher au caractère divin du lien matrimonial, peut délier les époux unis par une bénédiction religieuse.

Peu importe le but qu'ils poursuivent.

Une seule condition : que le mariage n'ait pas été consommé. Le droit du Pape est sans limite. Il puise dans sa haute sagesse et la grâce qui l'inspire la solution qu'il adopte. Dans la pratique, il s'appuyait cependant sur le motif fourni par les parties : impuissance, erreur, violence, sévices. Contrairement à la précédente cause de dissolution, un nouveau remariage est possible. La loi du 6 février 1875 n'entraîne pas en conflit avec cette pratique. Elle a disparu avec le B. G. B., mais elle peut être invoquée librement par des époux catholiques.

### 3<sup>o</sup> Dissolution du « *matrimonium non ratum* » (1).

Les mariages qui n'ont pas été célébrés devant les autorités ecclésiastiques sont considérés par l'Église catholique comme des unions auxquelles s'applique la règle de l'indissolubilité. Mais n'étant point imprégnés de grâce par le sacrement du mariage, le droit canonique admet dans un cas spécial leur dissolution. Cette dissolution du mariage possible lorsqu'un infidèle, marié à un croyant, décide de mettre un terme à la vie commune, est basée sur une phrase de l'apôtre saint Paul.

Cette cause de dissolution a cessé de bonne heure d'être utilisée.

### 4<sup>o</sup> La séparation perpétuelle de table et de lit (2) (« *Separatio perpetua a thoro et mensa* — *Die lebenslängliche Trennung von Tisch und Bett* »).

Le droit canonique autorise, au cas d'adultère, la partie innocente à ne plus mener avec la partie coupable la vie commune. Et cela jusqu'à la mort.

Cette séparation perpétuelle, contraire au principe de la religion catholique, dérive d'une interprétation particulière de

---

(1) HUBRICH, p. 30.

(2) FRIEDBERG, p. 413; HUBRICH, p. 33; RICHTER DOVE KAHL, p. 1173.

l'Écriture. Un passage de l'évangéliste saint Mathieu a servi de fondement à la séparation perpétuelle (1).

Le droit à cette séparation appartient au mari et à la femme en vertu de l'égalité des sexes admise par l'Église. La demande de séparation perpétuelle doit être faite par la partie offensée. Toute liberté lui est laissée de pardonner. Le B. G. B. a tenu compte de cette idée dans son article 1570.

Les rapports contre nature et avec les bêtes sont assimilés à l'adultère. La séparation perpétuelle peut être refusée lorsqu'il y a des objections de la part de l'époux accusé démontrant par exemple qu'il y a eu réciprocité de torts ou connivence.

La preuve de l'adultère doit être complète. Une simple présomption ne suffit pas.

Si après la séparation, l'époux non coupable commet un adultère, le juge doit procéder à une nouvelle réunion des époux.

La reprise de la vie commune ne peut être demandée que par l'époux innocent.

5° Séparation temporaire de lit et de table (2) (Die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett — « Separatio temporaria a thoro et mensa »).

A côté de la séparation perpétuelle, qui est exceptionnelle, l'Église catholique connaît la dissolution partielle.

La *separatio temporaria* diffère de la *separatio perpetua*, en ce qu'elle admet, outre l'adultère, d'autres causes de séparation, et qu'elle permet la reprise de la vie commune sans l'assentiment de l'époux non coupable. La séparation temporaire peut être demandée par les deux époux.

Il n'y a pas de liste spéciale énumérant les causes de la séparation temporaire.

Le Concile de Trente dit *multas causas*. C'est une question d'appréciation de la part du juge.

La pratique a dû reconnaître certains cas. La séparation temporaire peut être demandée pour *odium capitale*, dégoût insurmontable, abandon, menaces de mort, etc.

La loi du 6 février 1875 n'a pas touché à cette séparation.

Le B. G. B. l'a reprise transformée (Art. 1575 B. G. B.).

---

(1) *Quicumque dimiserit uxorem suam nisi ob fornicationem et aliam duxerit mœchatur et qui dimissam duxerit mœchatur.*

(2) FRIEDBERG, p. 413; HUBRICH, p. 36; RICHTER-DOVE KAHL, p. 1174.

### CHAPITRE III

#### DROIT PROTESTANT (1)

---

La décadence de la discipline ecclésiastique au commencement du xvi<sup>e</sup> siècle provoqua une réaction au sein même de l'Église.

Des membres révoltés souhaitaient le retour à la simplicité des premiers siècles. Ils tentèrent l'édification d'un culte rénové. Ce fut la Réforme. Partie d'Allemagne, elle devait triompher dans tout le nord de l'Europe.

Les conséquences de ce mouvement ne se limitèrent pas au domaine spirituel. La puissance de l'Église à cette époque était considérable dans la vie des peuples, et, comme nous l'avons vu, en droit canonique elle réglementait les choses du mariage.

Le protestantisme, quoiqu'il fit profession de laisser à l'État le soin de s'occuper du statut des personnes, dut prendre position dans les questions matrimoniales, notamment en ce qui concernait la dissolution du lien conjugal.

La jeune religion se trouvait devant un monument d'une grande importance. Contestant les solutions adoptées par le droit canonique, elle se devait, après avoir jeté bas l'édifice juridique catholique, d'en construire un nouveau. Ce fut l'œuvre des juridictions réformées, secondées par les théologiens et juristes protestants au cours des xvi<sup>e</sup>, xvii<sup>e</sup>, xviii<sup>e</sup> et xix<sup>e</sup> siècles.

#### § 1. — DÉVELOPPEMENT HISTORIQUE DU DIVORCE PROTESTANT

C'est sur les sentences du Christ, de saint Paul et de saint Matthieu que les réformateurs ont édifié leur théorie. L'interprétation qu'ils en ont donnée diffère de celle du Concile de Trente.

---

(1) FRIEDBERG, p. 415; HUBRICH, p. 43; RICHTER-DOVE KAKL, p. 1175.

Luther considéra que l'indissolubilité du mariage, proclamée par l'Église catholique, était inconciliable avec les paroles du Christ. *Injusta etiam traditio est*, lit-on dans l'article de Smalcade, *quae prohibet coniugium personae innocenti post factum divortium*. La conséquence est que l'adultère donne droit non pas à la séparation de lit et de table, mais au divorce.

A l'adultère, on assimila bientôt l'abandon malicieux qui devenait une deuxième cause de divorce.

Il n'y avait pourtant pas unité de doctrine protestante. Deux problèmes capitaux divisaient les théoriciens :

1<sup>o</sup> L'interprétation de l'Écriture sainte donnée par le droit canonique demeurerait-elle valable en droit protestant ?

2<sup>o</sup> La dissolution du lien matrimonial était-elle autorisée par l'Écriture sainte (1) ?

Les théologiens disciples de Luther déniaient toute valeur à la législation canonique. N'était-elle pas issue de l'autorité papale, dont ils combattaient la validité ?

Les juristes au contraire, quoiqu'ils écartassent la souveraineté du Pape en matière spirituelle, lui reconnaissaient le pouvoir de légiférer...

Après une longue polémique, ces derniers se rallièrent, au XVIII<sup>e</sup> siècle, à la thèse de la Doctrine.

Sur le deuxième point, les réformateurs n'étaient pas plus unis. Les uns, dont Luther, considéraient le mariage non comme un sacrement mais comme une institution d'État. L'union des époux était scellée par l'autorité humaine, elle pouvait être défaite par son intervention. La formule « Ce que Dieu a fait ne peut être défait par l'homme » ne s'appliquait pas. D'autres doctrinaires n'admettaient point cette façon hardie de voir. Tout en se ralliant au caractère contractuel et d'ordre public du mariage, ils ne toléraient point que la parole de Dieu ne fût pas acceptée comme loi.

La victoire resta à ceux qui interprétaient l'Écriture en faveur du divorce.

Les discussions changèrent alors de but. On se demanda quelles étaient les causes du divorce ? Selon les opinions, on ajoutait à

---

(1) HUBRICH, p. 45.

l'adultère, cause reconnue par tous, de nombreux autres cas que nous indiquerons plus loin. La controverse dura jusqu'à la codification. Pendant toute cette période la pratique ne resta pas inactive. Les juridictions évangéliques créèrent une jurisprudence dont il importe de retracer les fluctuations (1).

Ce fut d'abord une période de grand libéralisme. On admit à côté de l'adultère et l'abandon malicieux, des causes de divorce introduites au Moyen Age par les empereurs du Saint-Empire.

Ce furent la quasi-désertion, les sévices, les injures graves, les maladies graves.

Les juridictions protestantes fondaient leurs arrêts sur ce fait que l'Évangile n'avait cité l'adultère et l'abandon qu'à titre d'exemple. L'analogie et le raisonnement autorisaient le juge à leur assimiler des cas qui s'en rapprochaient.

Une réaction se produisit au commencement du xvii<sup>e</sup> siècle. La jurisprudence protestante revint à son point de départ et les seuls motifs susceptibles d'être accueillis furent l'adultère, la désertion et la quasi-désertion.

Au cours du xvii<sup>e</sup> siècle, les notions d'adultère et d'abandon se précisent. La coutume s'adoucit. Aux anciennes causes on en ajoute de nouvelles : refus du devoir conjugal, attentat à la vie, corruption, absence, exil, condamnation à la prison.

Ces facilités de divorce correspondent aux symptômes de désagrégation sociale qui se manifestent à cette époque en Allemagne, spécialement en Prusse.

Le xviii<sup>e</sup> siècle, malgré les efforts des doctrinaires qui essaient de ramener à ses difficultés primitives la faculté de divorcer, est caractérisé par une nouvelle augmentation des causes de divorce.

L'imbécillité, les accidents, l'incompatibilité d'humeur prennent place à côté des motifs de dissolution que nous avons vu apparaître dans les siècles précédents. L'Écriture sainte est à peu près oubliée. Il n'y a plus qu'un pas à faire pour appliquer l'ultime conséquence de l'idée que le mariage est un contrat

---

(1) Il n'y eut jamais à proprement parler unité dans le droit du divorce protestant. Les causes du divorce variaient d'une région à l'autre selon l'esprit de sévérité des juridictions protestantes. Cependant, vers la fin du xix<sup>e</sup> siècle, une coutume assez solide s'était formée et le droit du divorce protestant s'était stabilisé.

civil. Il est bientôt franchi sous l'influence du droit naturel qui fait admettre devant les juridictions protestantes, en 1750, le divorce par consentement mutuel.

Le réveil de l'idée religieuse dans la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle ébranle la solidité de l'édifice construit d'après les principes du droit naturel. Sans revenir aux préceptes absolus de l'Église catholique, selon lesquels le mariage est un sacrement, on abandonne la théorie du contrat civil. Désormais le mariage est considéré comme la base de la famille, de la société, de l'État. Il doit donc être assis sur des fondations inébranlables, à l'abri des caprices et des impulsions. La rupture du lien qui unit les époux ne peut être prononcée que dans des cas graves.

C'est d'après ces idées que les juridictions protestantes ont établi au cours du XIX<sup>e</sup> siècle un système de divorce où les causes sont limitées.

Voici la liste des causes admises, d'une façon à peu près générale, à la veille de la codification :

- 1<sup>o</sup> L'adultère;
- 2<sup>o</sup> L'abandon (désertion);
- 3<sup>o</sup> La quasi-désertion;
- 4<sup>o</sup> Les injures et sévices graves (soumis à l'appréciation du juge);
- 5<sup>o</sup> Travaux forcés à temps ou à perpétuité. Pour les travaux à temps on exige au moins dix ans;
- 6<sup>o</sup> Fautes diverses (manœuvres abortives, castration, impuissance, stérilité, etc.);
- 7<sup>o</sup> Maladie mentale.

Nous retrouverons cinq de ces causes dans le B. G. B., qui s'en est inspiré pour la rédaction des articles 1564 à 1569.

## § 2. — LA SÉPARATION TEMPORAIRE DE TABLE ET DE LIT EN DROIT COMMUN PROTESTANT (1)

La doctrine et la pratique protestantes condamnaient la séparation perpétuelle de lit et de table. Il n'en était pas de même de la séparation temporaire de lit et de table. Les vieilles

(1) HEINZERLING, *Die Scheidung von Tisch und Bett der Protestanten. Archiv für die civilistische Praxis*. B<sup>d</sup> 56. Neue Folge 6. — HUBRICH, p. 139.

décisions lui reconnaissaient déjà deux fins. D'une part elle constituait une mesure provisoire au cours d'une instance en divorce. D'autre part elle était un moyen de protection contre l'époux coupable.

Stryck dit : *In Nostris ecclesiis cadem separatio retenta, tanquam medium quo vel maiora mala inter conjuges impediuntur vel ut in gratiam redeant impellantur.*

Au début on l'accordait avec parcimonie et pour justes causes. Les petits différends entre époux ne suffisaient pas. On finit par l'étendre aux sévices et injures.

La période pour laquelle elle était prononcée était tantôt déterminée, tantôt indéterminée.

Lorsqu'elle était accordée pour un temps indéterminé, on y mettait la condition de réconciliation. Celle-ci devait être provoquée au bout d'un certain laps de temps, soit par un des époux, soit par l'autorité.

L'extension des causes de divorce aux *xvii<sup>e</sup>* et *xviii<sup>e</sup>* siècles rejaillit sur celles de la *separatio temporaria*.

On accepta d'abord l'*intolerabilis sævitia*, l'*odium capitale*, puis les petits différends entre époux : l'incompatibilité d'humeur, le dégoût insurmontable.

A la fin du *xix<sup>e</sup>* siècle la séparation devint un moyen d'arriver au divorce. Tout en donnant aux époux la faculté de divorcer, on leur accordait un délai pour réfléchir et se pardonner. Les causes étaient les mêmes que pour le divorce. Le délai fixé variait entre deux et trois ans.

On pouvait demander une prolongation.

### § 3. — DISSOLUTION DU MARIAGE ENTRE ÉPOUX DE CROYANCE DIFFÉRENTE (1)

Au *xvi<sup>e</sup>* siècle, la scission religieuse engendra une complication. Un époux catholique avait-il épousé une protestante ou inversement, sur quel droit les conjoints devaient-ils s'appuyer s'ils désiraient dissoudre leur union ? Au droit canonique ou au droit protestant (2) ? La Doctrine avait décidé que les deux reli-

---

(1) FRIEDBERG, p. 375, 426 ; RICHTER DOVE KAHL, p. 1209 ; HUBRICH, p. 166.

(2) Les unions prenaient le nom de *Gemischte Ehe* (mariage mixte).

gions devraient être prises en considération. La pratique n'obéissait pas toujours à cette idée. En règle générale les tribunaux catholiques et protestants prononçaient la dissolution du mariage selon leur droit. Or, presque toujours le demandeur ressortissait de la religion au tribunal de laquelle il s'adressait. Les abus étaient fréquents. Le défendeur, en effet, se trouvait en état d'infériorité devant une juridiction qui ne partageait pas ses convictions religieuses.

L'État dut intervenir.

En Wurtemberg une ordonnance du 18 mars 1819 décida, que seules les juridictions protestantes auraient le droit de juger un procès dans lequel le plaignant était protestant. Elles devaient toutefois tenir compte de la croyance catholique de l'époux défendeur.

En Schleswig-Holstein les *Gemischte Ehen* comparaissaient devant le consistoire protestant où le juge faisait appel au droit commun allemand (A. L. R.) le cas échéant.

En Bavière, l'ordonnance du 28 juillet 1811 recommanda que, dans le cas d'un mariage mixte, la religion de chaque époux serait prise en considération. Si le plaignant était catholique, le procès se débattait devant une juridiction protestante. Dans le cas contraire c'était la juridiction catholique qui était compétente.

Ces prescriptions étaient malheureusement exceptionnelles. Dans l'ensemble régnait le plus grand arbitraire. Cette situation dura jusqu'à la loi du 6 février 1875, qui supprimait les juridictions ecclésiastiques en matière matrimoniale.

#### § 4. — LE DIVORCE PAR RESCRIPT DU SOUVERAIN (DAS LANDESHERRLICHE SCHEIDUNGSRECHT)

En dehors des voies ordinaires existait dans certains États allemands un autre moyen de divorcer. C'était celui de s'adresser au prince et de lui demander, en vertu de son pouvoir suprême, la dissolution du lien matrimonial.

Dans un pays où les principicules fourmillaient, ce droit du souverain d'accorder le divorce par rescript avait pris une certaine importance.

On le rencontrait au moment où le Code fut introduit, dans les États suivants : Hanovre, Kurhesse, Nassau, Francfort, grand-duché de Hesse, Schleswig-Holstein, Cobourg-Gotha, Altenbourg, Weimar, Meining, Mecklembourg, Oldenbourg, Braunschweig.

Il date des premiers siècles de la Réforme. Il se justifiait par une sorte de délégation de la puissance de Dieu au chef de l'État.

On a expliqué cette intervention du prince dans les affaires de divorce par les événements politiques de l'époque.

Au xvi<sup>e</sup> siècle, les guerres de religion ne permettaient plus aux juridictions ecclésiastiques de fonctionner. A qui devait-on s'adresser pour divorcer, les juridictions protestantes n'étant pas encore créées? Le seigneur était tout indiqué pour représenter l'autorité en ces temps d'insécurité politique et administrative.

L'habitude prise à cette époque demeura. Au début, les seigneurs jugeaient selon leur bon plaisir. Plus tard, ils suivirent à peu près les solutions adoptées par la jurisprudence des tribunaux religieux. Ils étaient devenus de simples juges d'exception (Voir HUBRICH, p. 147 à 165).

---

## CHAPITRE IV

### DROIT COMMUN PRUSSIEN (1)

---

L'origine de la législation du divorce pour l'État prussien remonte à l'ordonnance brandebourgeoise de 1573 sur la compétence du Consistoire. Désormais, les affaires matrimoniales qui étaient portées devant les juridictions religieuses et qui n'étaient pas réglementées par le droit ecclésiastique devaient être jugées par ce Consistoire.

L'adultère et l'abandon malicieux sont les deux seules causes de divorce spécifiées. Lorsqu'il y avait abandon malicieux (désertion), la partie délaissée ne pouvait se remarier qu'après un délai dont la durée variait entre un et quatre ans.

La compétence du Consistoire subsista à travers les <sup>xvi</sup>e, <sup>xvii</sup>e siècles. Sa sévérité s'atténua. Il admit comme nouvelles causes de divorce : l'emprisonnement, les sévices, l'exil et la folie. La séparation de corps temporaire et perpétuelle pouvait être demandée par les époux devant cette juridiction.

Frédéric le Grand, qui avait de vastes desseins, rêva d'étendre à tous ses États une pratique qui enlevait, d'une part, aux tribunaux ecclésiastiques une partie des affaires matrimoniales et, d'autre part, lui permettait d'appliquer un droit du divorce émanant de son autorité.

Ce désir prit corps dans un projet de 1749, qui traitait du divorce dans sa partie I, livre II, titre III, articles 1-§ 35 et suivants.

Délaissant les règles instituées par l'ordonnance de 1573,

---

(1) JACOBI in den *Verhandlungen des 20 deutschen Juristentages*, Bd 2, p. 153. — HUBRICH, p. 176.

le *Corpus juris Fredericiani* — ainsi s'appelait ce projet — s'inspira des principes de droit naturel.

Le divorce pouvait être demandé, soit par les deux époux, soit par un seul. L'adultère, l'abandon malicieux, l'inimitié, la fureur, l'imbécillité, constituaient ses causes. La séparation de corps temporaire, employée comme moyen terme, fonctionnait dans les cas de sévices, ivrognerie et vices. Prononcée pour une année, elle était susceptible d'être transformée en divorce.

Le *Corpus juris Fredericiani* fut introduit progressivement dans certaines régions du royaume prussien.

Une circulaire du 27 septembre 1751, rédigée par le Roi, recommandait aux tribunaux de prononcer le divorce lorsque la mésentente des époux était de notoriété publique. La conséquence fut que l'on admit le consentement mutuel comme cause de divorce.

A la fin de son règne, Frédéric le Grand désira rajeunir la législation du divorce et lui donner plus de force dans son royaume. Un édit du 17 novembre 1782 ajouta aux causes de divorce déjà citées le refus d'accomplir le devoir conjugal, la haine insurmontable, la stérilité et le consentement mutuel.

Une partie de cet édit est passée dans l'*Allgemeines Landrecht* : sa codification en 1794 marqua le point d'arrivée des efforts qui avaient été faits depuis près de cinquante années en faveur d'une rédaction uniforme d'un droit prussien commun.

L'*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (A. L. R.) (1) réglemente, avec un grand luxe de détails, le divorce dans ses articles 608 à 778 (2<sup>e</sup> partie, titre I, 8<sup>e</sup> section).

Le divorce, d'après l'A. L. R., ne peut être accordé que par une autorité judiciaire. Un mariage valable donne seul lieu à une action en divorce (art. 668).

Le droit du seigneur de prononcer le divorce par rescrit est supprimé en fait dans les pays soumis à l'A. L. R. (2).

---

(1) L'A. L. R. est un monument juridique énorme et touffu dont le nombre des articles est de 6.000 environ.

(2) Le domaine de l'A. L. R. était le suivant : Prusse Orientale ; Prusse Occidentale ; Posen ; Silésie ; Brandebourg (à l'exception des districts de Rignitz, Mittelmark, Neumark-Kottbus, Luckenwald) ; Poméranie (sauf le district de Stralsund) ;

La sentence du juge qui délie l'union des époux doit être motivée par des raisons importantes (art. 669).

Les causes indiquées dans les articles 690 à 718 peuvent être ramenées à onze cas :

**1<sup>o</sup> Adultère (art. 670-676).**

La notion de l'adultère dans l'A. L. R. est la même qu'en droit protestant. Son appréciation repose sur des faits notoires. La sodomie, les vices contre nature y sont assimilés. Une simple présomption d'adultère pouvait suffire. Il n'était pas nécessaire qu'il y eût consommation de l'acte (art. 674).

**2<sup>o</sup> Abandon malicieux (art. 677-693).**

Il comprend la désertion et la quasi-désertion du droit commun protestant. Le demandeur doit prouver ce qu'il avance.

**3<sup>o</sup> Refus d'accomplir le devoir conjugal (art. 694-695).**

La simple impossibilité de remplir le devoir conjugal n'est pas une cause de divorce. Il doit y avoir une intention arrêtée et permanente de refus.

**4<sup>o</sup> Impuissance absolue et incurable (art. 696-697).**

L'impuissance doit survenir au cours du mariage et devenir inguérissable. Peu importe que l'époux soit responsable ou non de son incapacité. L'impuissance, en raison de l'âge avancé, n'est pas un motif recevable.

On ramène à l'impuissance certaines infirmités physiques provoquant le dégoût (*Eckel*), l'horreur (*Abscheu*) et rendant l'exécution du devoir conjugal intolérable.

**5<sup>o</sup> Fureur. Imbécillité. Démence (art. 698).**

Pour que le divorce soit accordé dans ces cas similaires, il faut qu'ils soient postérieurs au mariage et qu'une année se soit écoulée sans espoir de guérison.

---

Prusse-saxonne, Westphalie, principauté d'Ansbach et de Bayreuth (en Bavière), principauté d'Erfurt (Saxe-Weimar), district d'Aurich, cercles de Lingen et de Duderstadt (province de Hanovre), cercles de Duisbourg, Mulheim, Essen, Ruhrort dans la Province rhénane.

Le juge peut exiger une prolongation du délai d'épreuve. Si le divorce est prononcé, l'ex-conjoint bien portant doit assurer l'entretien du malade.

**6° Attentat à la vie (art. 699, 703, 748).**

Nous retrouverons cette cause de divorce qui a été adoptée par le B. G. B. sans modification.

**7° Délits graves (art. 704-707).**

La condamnation aux travaux forcés et à la forteresse par jugement pour délits importants, autorise l'époux innocent à demander le divorce (Décr. 20 août 1810).

L'exercice d'une profession prohibée ou mal vue de l'opinion publique justifie une demande de divorce (métier de bourreau, patron de maison de tolérance, etc.).

**8° Vie désordonnée (art. 708-710).**

L'ivrognerie, la dissipation, la prodigalité sont causes de divorce lorsqu'il est impossible d'espérer une amélioration.

**9° Refus d'entretien (art. 711-714).**

Lorsqu'un mari refuse de subvenir aux besoins de sa femme, celle-ci peut demander le divorce.

**10° Changement de religion (art. 715).**

L'article 36 de l'A. L. R. n'admettait pas qu'un chrétien puisse contracter mariage avec un époux dont la religion n'est pas le christianisme; l'article 715 autorise le divorce lorsqu'un époux embrasse une autre religion au cours du mariage.

Ces articles, rédigés afin d'empêcher les unions entre israélites et chrétiens, sont tombés en désuétude après la promulgation de la constitution prussienne du 31 janvier 1850 qui, dans son article 4, proclame que tous les Prussiens sont égaux devant la loi et que le statut antérieur des personnes est abrogé.

**11° Incompatibilité d'humeur (art. 776-778).**

Selon l'article 776, les époux sans enfants peuvent invoquer

le divorce par consentement mutuel si l'un des époux est trop léger.

L'A. L. R. ne connaît pas la séparation de lit et de corps judiciaire. Cependant, le juge, pendant le procès, peut, lorsque la vie du demandeur est en danger, ordonner que les époux vivent désormais séparés.

Une ordonnance du 28 juin 1844, conçue dans le même esprit, prescrit que le jugement de divorce soit suspendu et la séparation de corps prononcée lorsque le divorce n'est pas invoqué pour adultère et abandon malicieux. Les cas les plus fréquents qui motivaient cette séparation étaient la maladie mentale et les condamnations à de courtes peines.

Le Code pénal, introduit en 1866, a supprimé cette disposition en décidant que le jugement de divorce peut être suspendu pendant une année pour de courtes peines.

#### Législations des autres États.

A côté des droits canonique, protestant et prussien, de nombreux États particuliers réglementaient, à la veille de la promulgation du B. G. B., la matière du divorce et de la séparation de corps. Leurs droits se rapprochaient plus ou moins des trois principales législations que nous avons examinées.

Il serait fastidieux de les énumérer. Signalons seulement les caractéristiques des deux principaux : le Code saxon et le Landrecht du Wurtemberg.

Le Code civil saxon ne permet pas, comme l'A. L. R., le divorce par consentement mutuel. Il pose en principe, dans l'article 1710, que le divorce n'est possible que pour des causes déterminées.

A part quelques variantes, les causes de divorce sont à peu près les mêmes qu'en droit prussien.

Elles sont réglementées dans les articles 1713 et suivants :

1<sup>o</sup> L'adultère, auquel sont assimilées les relations avec des personnes du même sexe et avec des enfants de moins de douze ans;

2<sup>o</sup> Le refus d'accomplir le devoir conjugal;

3<sup>o</sup> L'emprisonnement pour délits;

4<sup>o</sup> L'aliénation mentale, constatée pendant trois ans;

5<sup>o</sup> État de santé de la femme, contraire à la vie conjugale.

Le Landrecht wurtembergeois admet la séparation de corps pour les catholiques et les protestants. Pour ces derniers seulement la séparation de corps peut être transformée en divorce.

Les causes sont :

- 1<sup>o</sup> L'adultère;
  - 2<sup>o</sup> L'attentat à la vie du conjoint;
  - 3<sup>o</sup> L'abandon malicieux;
  - 4<sup>o</sup> Les sévices et injures graves;
  - 5<sup>o</sup> Les condamnations criminelles infamantes.
-

## CHAPITRE V

### CODE NAPOLÉON (1)

---

Le 21 mars 1803, la France recevait une codification qui traitait du divorce et de la séparation de corps dans ses articles 229 à 311.

Le nom de Code Napoléon, qu'elle porta bientôt, franchit, avec son inspirateur, les frontières de la Gaule. Introduit dans nombre de pays annexés entre les années 1804 et 1812, le droit français demeura après la chute de Napoléon I<sup>er</sup> sur les bords du Rhin (Rhénanie, Palatinat bavarois, duché de Bade). Il subit quelques modifications dans le duché de Bade qui le mit en harmonie avec l'A. L. R. pour certaines causes de divorce.

En 1871, l'Alsace-Lorraine ne perdit pas son droit. Elle le garda jusqu'en 1900, époque à laquelle le B. G. B. remplace le Code civil français.

Notre droit du divorce actuel différant sur certains points de celui du Code de Napoléon, il est nécessaire de rappeler les dispositions des anciens articles 229 à 311.

Bien entendu, la loi française du 27 juillet 1884 sur le divorce et celle de 1893 sur la séparation de corps n'ont pas été introduites dans les pays allemands soumis au Code de 1804.

Il faut noter également que la loi du 8 mars 1816, abolissant, en France, le divorce et maintenant la séparation de corps, ne fut pas prise en considération par les Gouvernements prussien, badois et bavarois.

**Causes du divorce et de la séparation de corps d'après le Code Napoléon.**

L'esprit général du Code français est que les causes du divorce

---

(1) ZACHARIA-PUCHELT. *Handbuch des französischen Civilrechts*; HEIDELBERG, 1875. p. 6-101; FRIEDBERG, 454.

FUZIER-HERMANN, *Code civil annoté*. Paris, 1885; HUBRICH, p. 209.

sont semblables à celles de la séparation de corps. Elles doivent répondre à l'idée d'une faute grave.

Elles sont déterminées et indéterminées.

1<sup>o</sup> CAUSES DÉTERMINÉES. — a) *Adultère, articles 229, 230.* —

L'adultère de la femme n'est pas mis sur le même plan que celui du mari. Alors que le mari peut demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme sans autre condition, la femme qui invoque le divorce pour cause d'adultère du mari doit prouver que ce dernier a entretenu sa concubine dans la maison commune.

Cette inégalité de traitement a été supprimée en 1884.

b) *Excès, injures graves, sévices.* — L'article 231 déclare que les époux pourront réciproquement demander le divorce pour excès, sévices ou injures graves de l'un d'eux envers l'autre. Le pouvoir d'appréciation donné ici au juge est considérable.

M. Planiol, dans son tome I, page 369, ne voit dans « excès » et « sévices » qu'une simple redondance de langage. Rentrent donc dans cette nature de faits tous les mauvais traitements matériels depuis les simples coups ou voies de fait jusqu'à la tentative de meurtre.

L'injure grave est plus vague.

Fuzier-Hermann considère comme injures graves, au sens de l'article 231, toutes paroles, tous écrits ou gestes par lequel l'un des époux attente à l'honneur et à la considération de l'autre.

La jurisprudence des tribunaux rhénans et badois avait donné une large interprétation de l'injure grave.

La doctrine française et les arrêts des cours françaises les ont bien souvent guidés.

Étaient considérés comme injure grave :

- 1<sup>o</sup> Le refus de remplir le devoir conjugal;
- 2<sup>o</sup> L'abandon malicieux;
- 3<sup>o</sup> L'accusation calomnieuse;
- 4<sup>o</sup> L'ivrognerie habituelle;
- 5<sup>o</sup> Le refus de participer à la célébration religieuse du mariage après le mariage civil, etc..., etc...

c) *La condamnation à une peine afflictive et infamante, article 232.* — L'article 232 fut virtuellement abrogé par la promulgation du Code pénal allemand de 1866. On ne retrouve pas

en droit pénal allemand la notion française de droit criminel, la peine infamante. C'est ainsi que la condamnation au « Zucht-haus » n'entraînant aucun caractère infamant, l'article 232 n'était plus applicable.

2<sup>o</sup> CAUSE INDÉTERMINÉE. — *Le consentement mutuel.* — Le divorce par consentement mutuel n'est pas nécessairement un divorce sans cause déterminée. Ce n'était pas non plus le *divortium bona gratia* (à la volonté commune) des Romains. Des formalités compliquées l'entouraient (1).

Les articles 275 et suivants, chapitre III du Code Napoléon, le réglementaient minutieusement : ils ont été abrogés en 1816 et ne furent pas rétablis en 1884.

La séparation de corps du Code Napoléon est une institution facultative réglementée par les articles 306, 311. Son aspect actuel diffère en bien des points de celui que lui avait donné le Code Napoléon. Les sept articles ont en effet été refondus successivement par le Parlement français en 1884, 1886, 1893, 1908, 1909.

Les dispositions de 1804 se rapprochaient du droit canonique.

La séparation de corps était impossible par consentement mutuel, ce qui est une exception au principe que nous avons signalé plus haut (p. 29, 2<sup>e</sup> ligne).

Lorsque la séparation de corps qui avait été prononcée pour toutes autres causes que l'adultère de la femme, avait duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pouvait demander le divorce au tribunal, qui l'admettait si le demandeur originaire présent ou dûment appelé ne consentait pas immédiatement à faire cesser la séparation (article 310).

L'article 77 de la loi d'Empire du 6 février 1875 a rendu la séparation possible de plein droit.

Le droit du divorce du Code Napoléon appliqué en Palatinat bavarois, Rhénanie, Bade et Hesse subit seulement des retouches dans ces deux derniers pays. On inséra un article 232 *a* qui introduisait la maladie mentale comme cause de divorce.

---

(1) C'est sous l'influence de Bonaparte que le divorce par consentement mutuel fut maintenu dans le Code : le premier Consul comptait s'en servir un jour. On peut dire, d'ailleurs, que cette cause de divorce a pour but de permettre aux époux de cacher l'existence réelle d'une autre cause de divorce qu'ils veulent tenir secrète.

## CHAPITRE VI

### L'UNIFICATION ET LA CODIFICATION

---

La proclamation de l'Empire allemand, en 1871 et l'inextricable confusion dans laquelle se débattait le droit allemand déterminèrent l'Allemagne, malgré la résistance de l'école historique, à unifier son droit civil.

Déjà le droit du divorce, parallèlement à un mouvement en faveur de la codification, avait fait l'objet de tentatives de réformes.

En Prusse, un ordre de Frédéric-Guillaume III, du 15 juin 1825, prescrit la revision de la compilation de 1794. Il fut sans effet. Cet essai fut renouvelé en 1842 par Frédéric-Guillaume IV, qui chargea Kempf, puis Savigny de rédiger un projet de loi sur le divorce. Le projet n'aboutit pas. Seule une ordonnance sur la procédure du divorce fut promulguée en 1844. De nouveaux textes proposés en 1849, 1854, 1859 et 1860 ne passèrent pas non plus dans la loi.

En Bavière, un projet de Code de 1856 n'eut pas de suites. L'interdiction du divorce y demeurait maintenue.

Dans le grand-duché de Hesse, des projets partiels furent publiés en 1842 et 1853 sans être mis en application.

Le royaume de Saxe, au contraire, réussit, en 1865, à mettre en vigueur un Code civil, dont les articles 1710 et suivants traitaient du divorce.

La loi du 12 décembre 1873, qui déclarait la législation d'Empire compétente en matière de droit civil, mit fin aux tergiversations.

Il en résulta immédiatement deux conséquences :

1<sup>o</sup> Une loi sur la constatation de l'état des personnes et la

célébration du mariage, que réclamait depuis 1870 le Reichstag, fut votée et discutée en 1875 (1);

2<sup>o</sup> Le Bundesrat chargea, le 25 février 1874, une *Vorkommission* de préparer le plan d'un Code civil.

§ 1. — LOI DU 6 FÉVRIER 1875 SUR L'ÉTAT DES PERSONNES ET LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE (REICHSGESETZ ÜBER DIE BEURKUNDUNG DES PERSONENSTANDES UND DIE EHESCHLIESSUNG. — *Reichsgesetzblatt 1875, n<sup>o</sup> 1040*).

Les dispositions de la loi du 6 février 1875 en matière de divorce tiennent peu de place.

Quatre articles seulement intéressent notre sujet : articles 33, 76, 77 et 78.

1<sup>o</sup> L'article 33-§ 5 interdisait le mariage entre la personne divorcée pour adultère et son complice;

2<sup>o</sup> L'article 76 enlevait aux juridictions ecclésiastiques le pouvoir de s'immiscer dans les affaires du mariage et de procéder à sa dissolution;

3<sup>o</sup> L'article 77, le plus important, réglait une question de principe. Il étend le divorce à tout l'Empire. Il introduit le divorce en Bavière, Wurtemberg, Saxe, Hanovre, qui obéissait en partie au droit canon catholique. Les législations qui reconnaissent une séparation de corps temporaire sont maintenues (art. 259, Code Napoléon; art. 724 et 773, Landrecht de Prusse; 259, Code bavarois).

L'alinéa 2 de l'article 77 établissait une disposition transitoire : « Si avant la date de la mise en vigueur (de la loi) la séparation de corps a été prononcée et si la réunion des époux séparés n'a pas eu lieu de nouveau, chacun d'eux peut demander par la voie de la procédure ordinaire la dissolution du mariage, et cela en vertu d'un jugement rendu. »

Dans les pays soumis au Code civil français et badois il fallut

---

(1) Voir sur l'historique et le commentaire de cette loi : *Annuaire de législation étrangère*, 1875 p. 215; notice de M. Raphaël Gousse et traduction de la loi; SICHNER, *Kommentär zu dem Reichsgesetz über die Beurkundung...*, 1875.

Les buts principaux de cette loi étaient d'instituer le mariage civil, de déterminer l'âge nubile, d'indiquer les empêchements du mariage et les conditions de consentement. Le divorce n'y fut traité qu'incidemment.

faire en outre une déclaration devant l'officier de l'état civil (1).

Cet article fut l'objet de vives discussions devant le Reichstag. Le parti catholique repoussait l'extension du divorce. M. Jorg insista sur la situation particulière de la Bavière, qui désirait ne pas se voir imposer le divorce. Cette opinion ne prévalut point et l'article 77 fut voté à une forte majorité.

4<sup>o</sup> L'article 78 n'a qu'une portée restreinte. Il déclare qu'en Bavière la dissolution du mariage peut être réclamée en vertu d'une sentence proclamant la séparation de corps définitive, lorsque le tribunal aura prononcé la dissolution du bien matrimonial sur la demande de l'un des époux, suivant la procédure de l'article 675-1 et 2 du C. P. O., texte de 1869.

## § 2 — RÉDACTION DU CODE CIVIL — TRAVAUX PRÉPARATOIRES CONCERNANT LA MATIÈRE DU DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS

Bien que nous retrouverons au cours de ce paragraphe les indications des dates et des sources relatives aux travaux préparatoires, tant au point de vue général qu'au point de vue spécial du divorce et de la séparation de corps, il est nécessaire, afin de guider le lecteur à travers ce volumineux dossier, de dresser d'abord un tableau des documents que nous analyserons dans leur ordre chronologique.

|                                                                                                                                                                              |                                      |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------|
| Édification du Code civil allemand : . . .                                                                                                                                   | 24 févr. 1874 au 18 août 1896        |
| Activité de la <i>Vorkommission</i> (Commission préparatoire) . . . . .                                                                                                      | 24 février-1 <sup>er</sup> juin 1874 |
| Travaux de la première Commission . . .                                                                                                                                      | Septembre 1874-octobre 1887          |
| Transmission du premier projet au Chancelier d'Empire. . . . .                                                                                                               | 31 décembre 1887                     |
| Publication du premier projet de Code civil, 2.164 articles. Divorce et séparation de corps : livre V, titre V, art. 1440 à 1463, et des Motifs (Divorce, p. 562 à 645). . . | Mars 1888                            |
| Discussion critique du premier projet par la presse et l'opinion publique. . . . .                                                                                           | Mars 1888 à décembre 1890            |

---

(1) La loi de 1875 exigeait une nouvelle instance pour la transformation de la séparation de corps en divorce. Un amendement présenté au Reichstag permettait que le divorce fut prononcé de plein droit.

|                                                                                                                                                                                                                                                                             |                                         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------|
| Nomination d'une deuxième Commission ayant pour but de reviser le premier projet . . . . .                                                                                                                                                                                  | 4 décembre 1890                         |
| Travaux de la deuxième Commission, résumés dans les procès-verbaux ( <i>Protokolle der Kommission für die zweite Lesung</i> , p. 392 à 453). . . . .                                                                                                                        | Avril 1891 à octobre 1895               |
| Publication du deuxième projet de Code civil, 2.265 articles. Divorce : livre V, titre VI, art. 1459 à 1481 . . . . .                                                                                                                                                       | Juin 1895                               |
| Publication du troisième projet de Code transmis au Conseil fédéral ( <i>Bundesratsvorlage</i> ), 2.390 articles. Divorce : livre V, titre VII, art. 1549 à 1568. . . . .                                                                                                   | Octobre 1895                            |
| Dépôt du quatrième projet sur le bureau du Reichstag ( <i>Reichstagsvorlage</i> ), 2.359 articles. Divorce : livre V, titre VII, art. 1547 à 1566, accompagné d'un mémoire du ministère de la Justice ( <i>Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B.</i> , p. 212-218) . . . . | Février 1896                            |
| Discussion devant le Reichstag (3 lectures). . . . .                                                                                                                                                                                                                        | 3 février au 14 juillet 1896.           |
| Première lecture. . . . .                                                                                                                                                                                                                                                   | 3 au 6 février 1896                     |
| Deuxième lecture. . . . .                                                                                                                                                                                                                                                   | 19 au 27 juin 1896                      |
| Troisième lecture. . . . .                                                                                                                                                                                                                                                  | 30 juin au 1 <sup>er</sup> juillet 1896 |
| dont le compte rendu sténographié se trouve dans : <i>l'Erste, zweite, dritte Beratung des Entwurfes eines B. G. B.</i> (p. 35-58-67-589-608-977). . . . .                                                                                                                  |                                         |
| Activité de la <i>Reichstagkommission</i> , dont les travaux se trouvent résumés dans le <i>Bericht der Reichstagkommission</i> (p. 108 à 122). . . . .                                                                                                                     | 10 février au 10 juin 1896              |
| Ratification du projet de Code par le Bundesrat . . . . .                                                                                                                                                                                                                   | 14 juillet 1894                         |
| Promulgation du texte définitif, 2.385 articles. Divorce : livre V, titre VII, art. 1563-1587 . . . . .                                                                                                                                                                     | 18 août 1894                            |
| Mise en vigueur du Code civil (B. G. B.) . . . . .                                                                                                                                                                                                                          | 1 <sup>er</sup> janvier 1900            |

La place prise par le divorce et la séparation de corps dans les travaux préparatoires est importante. Elle ne correspond d'ailleurs pas au nombre restreint de modifications qui ont été apportées du titre V, livre V du premier projet au titre VII, livre V du texte définitif.

Afin d'éviter les répétitions et les traductions interminables (1)

---

(1) La lecture des travaux préparatoires sur le divorce n'est cependant point fastidieuse. Dans les quelques 400 pages officielles aux caractères gothiques serrés

nous ne ferons état, outre l'analyse obligatoire du premier projet, que des principaux passages relatifs aux questions de principe, nous réservant de citer dans la deuxième partie en lieu et place certaines transformations juridiques élaborées au cours des vingt-deux années d'enfentement.

• • • • •

PREMIER PROJET ET MOTIFS — Les motifs du titre V du projet de Code civil sont un véritable traité du divorce et de la séparation de corps. Une introduction aux articles 1440 à 1463 résume les conceptions de la Commission sur la dissolution du mariage. Le divorce étant admis depuis des siècles en Allemagne par les trois quarts de la population, le principe n'a pas été mis sérieusement en cause. Tout au plus les motifs ont-ils essayé de justifier son extension à l'ensemble du territoire allemand. Bien que les croyances chrétiennes du peuple allemand s'opposassent à la dissolution du mariage, les réalités de la vie réclamaient que l'État intervint pour secourir les époux persécutés.

La séparation perpétuelle de lit et de table prononcée dans le droit canon est une mesure qui ne diffère du divorce que par la forme. Les avantages moraux qui peuvent apparaître au premier abord sont compensés par des inconvénients — les troubles dans la vie familiale, par exemple — qu'il convient de supprimer. En se plaçant au point de vue d'un B. G. B. elle n'est pas souhaitable. Tout au plus peut-on lui donner la place qu'elle occupe en droit français (*Motive IV*, p. 563).

Toutefois le divorce est anormal, aussi doit-on le rendre difficile. Le mariage n'est pas le concubinat. La situation morale de la femme, la bonne santé de la société, l'éducation des enfants dépendent de sa stabilité et de sa haute valeur morale. Il ne doit être accordé que pour faute grave de la part d'un époux,

---

et minuscules, qui se rapportent à notre sujet, on découvre en maints endroits de remarquables exposés juridiques et philosophiques. La traduction de ce monument n'existe malheureusement pas dans notre langue. On comprendra que nous ne pouvons suppléer ici à cette lacune. Ne nous décidant pas à faire un choix, ni à grossir indéfiniment ce chapitre de la Codification, nous avons dû renoncer à le traiter comme il méritait de l'être. Ce n'est pas sans regret que nous avons jeté par-dessus bord le résultat de recherches qui nous avaient passionné et pris beaucoup de temps. Toutefois, sur les conseils de M. Lévy-Ullmann, nous avons, dans l'Appendice II, résumé et traduit les passages principaux de ces travaux préparatoires.

c'est là une idée déjà mise en évidence par la pratique du nouveau droit commun prussien et les projets de réforme prussiens de 1844-1854-1856-1859 et 1860.

Le nouveau Code laissera donc de côté le divorce par consentement mutuel, l'incompatibilité d'humeur, le changement de religion, la maladie corporelle, la démence.

Les causes seront déterminées (absolues), ou indéterminées (relatives).

Les causes absolues, déterminées ou péremptoires, sont celles qui permettent d'accorder le divorce en raison de la culpabilité directe de l'auteur : l'adultère, l'abandon, l'attentat à la vie.

Les causes relatives, indéterminées ou concrètes, sont celles qui réclament du juge une enquête qui lui donnera la possibilité de découvrir une faute de l'époux.

Vis-à-vis des droits existants ces règles sont nouvelles.

Les causes absolues ou péremptoires sont cataloguées par le législateur. Celles qui sont relatives sont englobées dans une formule générale.

Telles sont les idées essentielles de la première commission sur le divorce. Elles se trouveront reprises par les travaux ultérieurs, sauf pour la maladie mentale.

Cette préface rédigée, les rédacteurs du premier projet passent à l'argumentation des vingt-trois articles du divorce et de la séparation de corps : après avoir disséqué chaque disposition ils justifient le texte adopté.

Limitons-nous à en constater les résultats dans le titre V du livre IV du projet.

L'article 1440 établit le divorce et la séparation de corps temporaire. Il exige un jugement. Les causes absolues (adultère, attentat à la vie, abandon malicieux) sont réglementées dans les articles 1441, 1442, 1443. L'article 1444, dans une formule large, fixe la violation des devoirs conjugaux comme cause relative. Il cite comme exemples les injures graves (*schwere Miss-handlung*), la conduite déshonorante et immorale. Il fixe la séparation de corps pour ce cas unique à deux ans, tout en réservant le droit de prononcer le divorce s'il n'y a aucun espoir de rétablir la vie commune.

L'article 1445 s'occupe de la transformation de la séparation

de corps temporaire en divorce, si le divorce n'est pas demandé et que l'époux soit condamné au rétablissement de la vie commune, ce dernier n'a plus le droit de demander le divorce.

Les articles 1446 et 1447 indiquent comme fins de non-recevoir le pardon et la prescription de six mois et dix ans. Suivent des dispositions de procédure.

L'article 1448 admet qu'un fait nouveau peut être réuni à une cause de divorce existant dans la même demande.

Les articles 1449 et 1450 exigent dans les jugements de divorce et de séparation de corps que la partie coupable soit désignée. Pour le cas d'adultère, l'article 1450 spécifie la nécessité d'indiquer dans le libellé du jugement l'adultère comme cause de divorce, ainsi que le nom du complice.

L'article 1451 prescrit qu'il est impossible au représentant légal d'un époux incapable d'intenter une action en divorce.

L'article 1452 rappelle que le jugement de divorce doit acquiescer l'autorité de la chose jugée pour produire des effets.

Les articles 1453 à 1458 règlent ces effets (révocation des donations, art. 1453; entretien des époux, art. 1454; nom de la femme, art. 1455; garde des enfants, art. 1456, 1457, 1461).

Les effets de la séparation de corps sont déterminés par les articles 1459 à 1461 (vie séparée, entretien, garde des enfants).

Enfin, les articles 1462 et 1463 veulent que lorsqu'une sentence est rendue sur le divorce ou la séparation de corps et qu'aucune mesure provisoire n'a été prononcée, le tribunal avise immédiatement le tribunal des tutelles, au cas où il existe un enfant mineur commun.

On sait que le premier projet du Code civil fut mal accueilli. On lui reprocha d'être rédigé dans un langage peu juridique et de s'éloigner par trop de la pratique des affaires.

La partie sur le divorce ne fut pas épargnée. Les attaques contre les articles 1440 à 1463 furent dirigées spécialement par Hinchius, Jacobi, Zorn, Map, Gieske et Bähr. Ces jurisconsultes, réunis à Strasbourg en 1889, au 20<sup>e</sup> Juristentag, émisrent plusieurs critiques qui peuvent s'articuler dans les formules suivantes :

1<sup>o</sup> Le projet (P 1) s'inspire trop du droit commun protestant du divorce ainsi que des pratiques adoptées par les juridictions évangéliques;

2° Il se laisse influencer d'une façon pernicieuse par les propositions de réformes rédigées en Prusse depuis les cinquante dernières années : à savoir en particulier qu'un mariage ne peut être dissous que lorsqu'il y a faute d'un époux;

3° Le juge possède dans l'article 1444 un pouvoir d'appréciation trop large;

4° L'adultère et l'abandon malicieux sont insuffisamment déterminés;

5° La séparation de corps est inutile;

6° La rédaction des articles 1440 à 1463 est touffue et souvent incompréhensible.

Les imperfections se répétant sur l'ensemble du Code furent reconnues en partie justifiées par le Gouvernement qui ne le présenta pas au Reichstag. Une nouvelle Commission fut nommée le 4 décembre par le Bundesrat pour reviser le projet. Elle était composée de vingt-deux membres, pris à la fois dans le monde intellectuel, industriel et commerçant.

DEUXIEME PROJET. — Diverses modifications furent apportées au premier projet par la deuxième Commission :

1° On changea la numérotation. La matière du divorce fut réglementée par le titre VI, articles 1459 à 1481 (ancien titre V);

2° L'en-tête « Divorce et séparation de lit et de table » se réduisit au mot « Divorce » (*Ehescheidung*);

3° La séparation de corps disparut;

4° L'abandon malicieux fut précisé;

5° Les causes relatives se groupèrent dans l'article 1463 sous une formule plus générale que dans l'ancien article 1444;

6° La maladie mentale fut introduite comme cause de divorce (art. 1464);

7° On rejeta les règles de procédure, notamment les mesures provisoires, dans le Code de procédure civile qui devait subir une revision;

8° Les dispositions concernant les effets furent éclaircies et précisées pour l'entretien des époux. A noter l'article 1477 créant l'obligation de subvenir à l'époux dément au cas où le divorce a été prononcé pour ce motif;

9° On allégea la rédaction des vingt-deux articles du titre VI.

L'élaboration des nouvelles dispositions fut l'objet de débats prolongés. Le procédé adopté par la deuxième Commission était différent de celui de la première. On prit pour base le premier projet puis l'on procéda à des amendements et des retouches. Le tout fut discuté en séance plénière.

L'ensemble de ce travail se trouve consigné dans les procès-verbaux de la deuxième discussion du Code civil (*Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes eines B. G. B.*).

La séparation de corps, les causes relatives, la maladie mentale inquiétèrent surtout les rédacteurs, qui soutinrent avec véhémence, selon leurs opinions, des amendements variés (Voir 2<sup>e</sup> partie, chap. I, § 4 et 5, chap. V).

TROISIÈME PROJET (deuxième projet révisé dans la terminologie allemande). — Avant de communiquer le texte de son projet au Bundesrat, la deuxième Commission y apporta quelques corrections :

1<sup>o</sup> La numérotation, par suite d'une nouvelle répartition des sections, était changée. Les anciens titre V (P 1), titre VI (P 2) devenaient le titre VII. Les articles 1549 à 1566 remplaçaient les articles 1440-1463 (P 1) et 1459 à 1481 (P 2);

2<sup>o</sup> Le texte de certains articles était encore allégé et simplifié. L'article 1470 P 2, par exemple, se fondait avec l'article 1459 P 2 dans le seul article 1549;

3<sup>o</sup> L'ordre des articles concernant les effets était corrigé. Les articles 1554 P 3 à 1561 P 3 ne correspondaient plus aux articles 1471 P 2 à 1481 P 2;

4<sup>o</sup> Deux dispositions incorporées primitivement dans le titre VI P 2 s'ajoutaient à l'article 1462 P 3;

5<sup>o</sup> Enfin les articles 1479 et 1480 P 2 disparaissent dans le troisième projet sans équivalence.

Le troisième projet fut confié au Bundesrat en octobre 1895, sous le nom de : *Entwurf eines B. G. B. in der Fassung der Bundesratsvorlagen.*

QUATRIÈME PROJET (troisième projet dans la terminologie allemande) et discussion du titre VII, livre IV du Code civil, devant le Reichstag (3 février-1<sup>er</sup> juillet). — Ce dernier projet fut transmis du Bundesrat au Reichstag par l'intermédiaire

du ministère de la Justice sous le nom d'*Entwurf eines B. G. B. in der Fassung der dem gemachten Reichstagsvorlage*. Il ne comporte aucune modification des textes du divorce. Par suite d'un glissement opéré dans la classification des articles, le titre VII règle les articles 1547 à 1566 au lieu de 1549 à 1566.

Un mémoire du ministère de la Justice accompagnait le dépôt du P 4 sur le bureau du Reichstag. Ce *Denkschrift zum Entwurf eines B. G. B. nebst drei Anlagen* traitait dans ses pages 212 à 218, d'une façon simple et claire, la matière du divorce afin que tous les députés pussent comprendre.

L'ensemble des débats parlementaires au cours des trois lectures porte, outre les questions de principes, sur les articles 1551 (causes relatives), 1552 (maladie mentale), 1554 (délai de prescription), 1577 (séparation de corps) : les députés des divers partis se bornèrent à émettre sur chaque point qui les intéressait des appréciations générales, sans presque jamais toucher à la technique juridique. Le principal travail se fit dans le sein de la Commission du Reichstag constituée le 7 février, après la première lecture.

Pour le divorce, il ne faut pas exagérer les résultats obtenus par cette commission parlementaire. La plupart des amendements proposés par ses membres, et qui avaient été déjà examinés et rejetés par la deuxième Commission extraparlamentaire, furent repoussés. Tel fut le sort réservé à ceux qui réclamaient : 1<sup>o</sup> l'addition des articles 174, 176 du Code pénal aux articles 171, 175 de l'alinéa 2 de l'article 1550 P 4 sur l'adultère; 2<sup>o</sup> l'introduction de la condamnation aux travaux forcés comme cause de divorce; 3<sup>o</sup> l'interdiction pour les catholiques de divorcer, etc.

Furent modifiés seulement les articles 1554 et 1557 P 4 (prescription et séparation de corps).

Le résultat le plus saillant de la Commission parlementaire dans le titre VII fut d'obtenir de ses membres la suppression de la maladie mentale comme cause de divorce (art. 1556 P 4) (1).

---

(1) Les comptes rendus des travaux de la Commission parlementaire sont réunis dans le *Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines B. G. B. und Einführungsgesetz nebst eine Zusammenstellung der Kommissionbeschluss*. Rapporteurs sur les questions de droit de famille : Ennecerus, von Buchka, Buchem, Schröder.

DISCUSSION DU CODE CIVIL DEVANT LE REICHSTAG SUR LE  
DIVORCE (1) (3 FÉVRIER-1<sup>er</sup> JUILLET 1896)

*Première lecture* (3 au 6 février). — La discussion fut d'ordre général. Trois orateurs font mention du divorce dans un passage de leurs discours.

M. Buchka, député de droite (p. 35 *Ber.*), déplora l'introduction de la maladie mentale. Il souhaitait que cet accroc au principe de la culpabilité disparût. Il désirait qu'on en revînt à la séparation de lit et de table.

M. Kauffmann, député de gauche (p. 59 *Ber.*), fort d'une pétition féministe, ne crut pas que le caractère sacré de l'union fût diminué par le divorce. Il estima que le droit de divorce était trop limité. Enfin il critiqua l'article 1551 P 4.

Le commissaire du Bundesrat, Planck, répondit aux critiques (p. 67 *Ber.*). Il déclara que si l'on reprochait au droit du divorce d'une part d'être trop large, d'autre part d'être trop étroit, cela prouvait que le projet avait trouvé le juste milieu. Il admit la maladie mentale, quoiqu'il ne l'eût pas insérée dans le premier projet dont il était le rédacteur.

La première lecture se termina, le 6 février, par la création d'une commission parlementaire, qui tint quarante-deux séances du 10 février au 10 juin. Elle en consacra trois au divorce. Nous en connaissons les résultats généraux (Voir p. 40). Ses travaux terminés, le Reichstag procéda à la deuxième lecture.

*Deuxième lecture* (19-27 juin 1896). — Les séances des 25 et 26 juin furent en partie occupées par les débats sur le divorce et la séparation de lit et de table (2). On discuta le titre VII article par article, procédant au vote après les discours s'y référant. Les articles 1551 et 1551 a (causes relatives),

---

(1) Lire dans la *Beratung des Entwurfes eines B. G. B.* le détail des discours de MM. Buchka (p. 35), Kauffmann (p. 58) Planck, (p. 67) (1<sup>re</sup> lecture); Munckel, Bebel, Lenzmann, Schonstedt, Stadthagen, Grober, Osann, Gamp, Schroeder, Munckel, Haussmann, Dziembowski-Pomian, Bachem (2<sup>e</sup> lecture, p. 589 à 608); Munckel et Hohentahl et Regen (3<sup>e</sup> lecture, p. 877).

(2) La séparation de lit et de table (*die Trennung von Tisch und Bett*) — séparation *ad quo thoro et mensa* — prend dans le texte définitif du Code civil allemand le nom de suppression de la communauté conjugale : *die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*. Nous n'emploierons plus désormais que ces termes consacrés par les articles 1575, 1576, 1586, 1587.

1552 (maladie mentale), 1554 (prescription de l'action) amenèrent dix-huit orateurs à la tribune. Ce fut surtout autour de la démence comme cause de divorce que se livra la bataille la plus acharnée.

Les amendements Auer et Lenzmann qui réclamaient la remise en vigueur de l'article 1552 effacé par la Commission du Reichstag furent soumis à une discussion très âpre, dont nous retrouvons les échos pages 57.

Le rétablissement de l'article 1552 fut finalement repoussé par 125 voix contre 116.

*Troisième lecture* (29 juin-1<sup>er</sup> juillet). — Elle fut très courte :

Au cours de la discussion générale, M. Kauffmann fit seul allusion au divorce. Il fit part des doutes que lui inspiraient les décisions de la Commission au sujet du pouvoir d'appréciation du juge, qu'il trouvait trop grand. Cependant lui et ses amis se limitèrent, en troisième lecture, à demander le rétablissement de la maladie mentale comme cause de divorce.

La discussion sur articles ne porta en effet que sur l'article 1552. Elle se borna aux trois rapides interventions de MM. Munckel, Hohentahl et Pauli.

La démence fut enfin adoptée comme cause de divorce par 161 voix contre 133.

Le quatrième projet une fois voté par le Reichstag fut réajusté après avoir été ratifié par le Bundesrat le 14 juillet. Le 18 août 1896, il était promulgué par l'empereur Guillaume II.

Dans le texte définitif, la théorie légale du divorce se répartit ainsi :

1<sup>o</sup> Livre IV, titre VII B. G. B., articles 1564 à 1581; 1

2<sup>o</sup> Articles 1478-1933, 2077, 2268, 2279, 1635, 1636 épars dans le Code et concernant les effets;

3<sup>o</sup> Livre III, section I du Code de procédure civile révisé en 1898, articles 608 et suivants.

D'après ce que nous venons de voir, les caractéristiques générales du nouveau droit du divorce peuvent s'énoncer ainsi :

Le principe du divorce subsiste, on en a réduit toutefois l'application par la suppression de certaines causes indéterminées. Les causes sont absolues et relatives. Elles reposent sur la culpabilité de l'époux. Une exception existe en faveur de la maladie

mentale. La suppression de la communauté conjugale temporaire est maintenue. La séparation perpétuelle est rejetée.

Enfin la procédure disparaît du B. G. B. pour se joindre dans le C. P. O. à la procédure spéciale des affaires matrimoniales.

§ 3. — LOI D'INTRODUCTION AU CODE CIVIL (EINFÜHRUNGSGESETZ  
ZU EINEM B. G. B.)(1)

Nous ne pouvons passer sous silence trois des articles de la loi d'introduction au B. G. B. (art. 17, 202, 203) qui se rapportent au divorce.

L'article 17, qui traite du divorce et de la suppression de la communauté conjugale en droit international privé, trouvera mieux sa place dans le chapitre VI, deuxième partie. Quant aux articles 202 et 203, qui organisent la période transitoire du passage des anciennes lois au B. G. B., leur importance a disparu à peu près de nos jours. Il nous suffira d'en citer le texte :

ART. 202. — Le divorce et la suppression de communauté de vie conjugale, ont lieu à partir de l'entrée en vigueur du B. G. B. d'après les dispositions de ce code. Si l'un des époux s'est rendu coupable, avant l'entrée en vigueur du B. G. B., d'une faute désignée par les articles 1565 à 1568 du B. G. B., le divorce ou la cessation de la communauté de vie conjugale ne pourront être prononcés que si la faute constituait d'après les lois antérieures une cause de divorce et de séparation.

ART. 203. — Les lois antérieures restent applicables aux effets d'une séparation de corps permanente ou temporaire prononcée avant l'entrée en vigueur du B. G. B. Il en est ainsi notamment des dispositions d'après lesquelles la séparation subsiste jusqu'au décès d'un des époux (2).

---

(1) Le but principal de cette loi est de préciser les rapports du B. G. B. avec le droit antérieur. Elle contient aussi des dispositions d'intérêt général qui n'auraient pu trouver une place logique dans le B. G. B. Elle comprend 218 articles.

(2) Cet article continue encore à être appliqué dans de nombreux cas, mais de moins en moins.



## DEUXIÈME PARTIE

### LE DIVORCE ET LA SUPPRESSION DE LA COMMUNAUTÉ DE VIE CONJUGALE DANS LE DROIT ALLEMAND ACTUEL

---

L'exposé historique et le résumé des travaux préparatoires au B. G. B. que nous venons de faire, nous permet d'aborder la question du divorce et de la suppression de la communauté de vie conjugale au point de vue strictement juridique du droit positif actuel.

Notre étude de législation positive comportera une analyse simultanée des textes et de la jurisprudence relatifs à la théorie du divorce.

Malgré la jeunesse du Code civil allemand, la jurisprudence des tribunaux occupe une place importante. Il ne faut pas s'en étonner. Quelque soigneusement qu'aient été fixées les solutions du B. G. B., elles ne pouvaient prétendre englober tous les cas susceptibles de se présenter. Certains articles — notamment l'article 1665 sur les causes relatives — appellent en vertu de leur nature même l'appréciation du juge et ouvrent la porte à un vaste mouvement jurisprudentiel.

L'ensemble de cette jurisprudence ne saurait cependant être comparé avec celle de notre pays. Sa hardiesse n'a point atteint le degré qui caractérise celle de nos cours et tribunaux.

Les conséquences de la guerre ont créé toutefois des nécessités nouvelles. Le juge allemand, sous la poussée des événements, a dû interpréter avec plus de souplesse les textes du B. G. B. afin de dissoudre un grand nombre d'unions, contractées dans la fièvre de ces dernières années. Il est encore trop tôt pour se prononcer sur des pratiques nées d'hier. Nous ne pouvions les signaler qu'à titre d'indication sans en faire état dans ce travail.

## CHAPITRE I

### CAUSES DU DIVORCE (SCHEIDUNGSGRÜNDE)

(Art. 1565 à 1569 B. G. B.)

Les causes du divorce allemand se groupent sous cinq chefs :

- 1<sup>o</sup> Adultère;
- 2<sup>o</sup> Attentat à la vie;
- 3<sup>o</sup> Abandon malicieux;
- 4<sup>o</sup> Causes relatives;
- 5<sup>o</sup> Démence.

#### § I. — ADULTÈRE (EHEBRUCH) (1)

ART. 1565. — Un époux peut agir en divorce, lorsque son conjoint se rend coupable d'adultère ou d'un fait punissable d'après les articles 171, 176 du Code pénal. Le droit au divorce est exclu pour l'époux qui donne son assentiment ou se rend coupable de participation à l'adultère ou au fait punissable.

L'adultère est la cause principale, admise sans hésitation depuis des siècles, comme motif de divorce. Le mariage ne repose-t-il pas sur la fidélité? C'est une cause absolue.

A la différence du droit prussien qui donnait à l'homme la préférence dans le divorce pour adultère, le B. G. B. met les deux époux sur le même plan. L'adultère du mari est aussi grave que celui de la femme. La notion d'adultère en droit allemand vient du droit pénal. Le *Strafgesetzbuch* dans son article 172 menace l'époux adultère de la prison.

Pour qu'il y ait adultère, il faut qu'il y ait mariage. S'il y a vice de forme — une union non inscrite par exemple sur le registre de l'état civil — il ne peut y avoir adultère.

(1) ERLER, p. 94; MUSER, p. 22; DAVIDSOHN, p. 23; KOLHER, p. 42; COSACK, Bd. 2, § 289.

L'adultère existe lorsqu'il y a eu un contact charnel, un acte flagrant, un commencement d'exécution (*Immissio penis et effusio seminis*). Des manœuvres incorrectes contraires à la morale ne suffisent donc pas (*Entsch.* Bd. 5, p. 405; *Seufferis-archiv* Bd. 52, p. 293; J. W. 1900, p. 728, 1901, p. 548).

Le plaignant doit, lorsqu'il demande le divorce pour cause d'adultère, préciser le temps, l'endroit où s'est passé l'acte (R. G. Sff. Bd. 46, p. 103 et 366).

La simple présomption d'avoir trompé n'est pas admise comme dans l'A. L. R.

Il faut que l'époux coupable d'adultère soit conscient. Ainsi il n'y a pas d'adultère dans le cas de viol, ivrognerie, erreur sur la personne, crise de folie, hypnose (R. G. J. W. 1899, p. 180).

Le divorce doit avoir lieu pendant le mariage. Si un mariage est entaché de nullité pour erreur, l'adultère ne compte pas (J. W. 1902, p. 215).

A l'adultère la loi assimile la bigamie (art. 171 S. G. B.) et les mœurs contre nature.

Sont considérés seulement les rapports sodomitiques entre hommes. Les relations contre nature entre femmes ou entre femmes et hommes ne tombent pas sous l'article 1565. Les débordements charnels avec les bêtes peuvent provoquer de la part de l'autre conjoint une demande en divorce, basée sur l'adultère.

Un membre de la Commission parlementaire avait proposé un amendement assimilant à l'adultère les articles 174 et 176 du Code pénal allemand. La majorité repoussa cette proposition.

La compensation n'est pas suffisante pour annuler l'adultère. Comme en droit canonique et protestant les époux sont déclarés coupables (J. W. 1904, p. 285).

Il est interdit de se remarier entre complices (2<sup>o</sup> 1565). Il n'en est pas de même en droit français.

Lorsqu'il y a complicité des conjoints dans l'adultère, le droit au divorce est refusé pour la cause d'adultère. Le fait de s'apercevoir du fait n'est pas toujours considéré comme une connivence. La tâche du juge est ici très délicate. On refuse l'action au conjoint qui a provoqué l'adultère par sa mauvaise conduite.

L'adultère cause de divorce engendre, outre des effets civils, des conséquences pénales.

L'époux coupable peut être condamné, ainsi que le complice, à la prison (six mois environ) sur la plainte de l'époux innocent. Le cours de la prescription commence avec la publication du jugement.

## § 2. — ATTENTAT A LA VIE (LEBENSNACHSTELLUNG) (1)

ART. 1566. — Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint attente à sa vie.

L'attentat à la vie est la deuxième cause absolue de divorce. On comprend ici par attentat non seulement l'action de tuer, mais toute manœuvre ayant pour but de mettre la vie en danger.

L'intention formelle de tuer son conjoint, des menaces sérieuses, doivent être assimilées à un attentat (*Entsch. O.*, Bd. 18, p. 271). Un essai infructueux de faire mal équivalant à l'acte. Une femme met-elle par erreur du sucre à la place d'arsenic dans le café de son mari, dès l'instant qu'elle désirait verser la drogue, il y a lieu à divorce (2).

La difficulté de prouver l'attentat à la vie fait écarter dans la pratique cette cause de divorce.

L'article 1568, qui assimile les sévices graves à la violation du devoir conjugal, remplace avantageusement l'article 1566.

Pour qu'il y eût faute de l'époux, il est nécessaire qu'il soit reconnu conscient ou qu'il y ait eu intention de faire mal. Si l'arsenic a été mis en place de sucre par erreur dans la tasse de café, il n'y a pas cause de divorce.

L'attentat à la vie doit être dirigé par l'époux contre la personne même de l'autre époux.

Le paragraphe 97 de la loi de Gotha accordait le divorce pour attentat à la vie des parents en ligne ascendante et descendante. Le B. G. B. a fait de ce cas une cause relative.

---

(1) DAVIDSOHN, p. 29; ERLER, p. 99; GERHARD, p. 9; MUSER, p. 33.

(2) WALTER, p. 43.

§ 3. — ABANDON MALICIEUX (BÖSSLICHE VERLASSUNG) (1)

ART. 1567. — Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint l'a malicieusement abandonné.

Il n'y a abandon méchant que :

1<sup>o</sup> Si un époux, après avoir été condamné au rétablissement de la communauté de vie domestique par jugement ayant acquis force de chose jugée, est resté une année sans donner suite au jugement, contre la volonté de l'autre époux et dans une intention méchante;

2<sup>o</sup> Si un époux s'est pendant une année, contre la volonté de l'autre époux et dans une intention méchante, tenu éloigné de la communauté de vie domestique et que les conditions préalables requises pour la signification publique aient subsisté à son encontre depuis le délai d'une année.

Le divorce n'est pas admis au cas de l'alinéa 2 lorsque les conditions préalables requises pour la signification publique ne subsistent plus à la clôture de la procédure orale sur laquelle est rendu le jugement.

Cet article repose sur l'idée que les époux doivent rester toute la vie ensemble (art. 1363 B. G. B.).

La suspension de la communauté de vie est une attaque contre cette règle. L'abandon par l'époux du foyer conjugal doit être méchant.

Le B. G. B., afin de bien déterminer cette cause de divorce absolu, en a compliqué la prescription. Il a adopté le système des droits protestant et canonique qui distinguaient la désertion de la quasi-désertion (*Motive IV*, p. 588-593).

La désertion correspond à l'abandon véritable. Le refuge de l'époux coupable est-il inconnu, le juge ne pouvant l'atteindre par sommation il y a lieu à application de l'alinéa 2 de l'article 1566.

La quasi-désertion est l'abandon du foyer conjugal par l'époux sans que son lieu de résidence soit ignoré. Le juge peut diriger contre l'époux coupable une sommation d'avoir à reprendre la vie conjugale.

---

(1) GERHARD, p. 9; JACOBI, p. 74; ERLER, p. 100; DAVIDSOHN, p. 29; DERNBURG, Bd. 4, § 26; WALTHER, p. 43.

Il faut que l'abandon ait eu lieu avec une intention malicieuse et dans le but de supprimer la communauté de vie. Il n'est pas nécessaire que l'époux qui délaisse son conjoint habite un autre local. Il peut continuer à vivre sous le même toit (*Entsch. R. G.*, Bd. 33, p. 172).

En général, la durée de la séparation n'a aucune importance quand il s'agit de la quasi-désertion.

L'abandon peut avoir lieu aussi bien de la part de l'homme que de celui de la femme. Il ne faut pas confondre les causes relatives de divorce avec le cas de l'article 1566 qui peut être considéré comme une injure grave.

L'abandon malicieux réclame des conditions très précises, dont voici la liste pour les deux modalités : désertion et quasi-désertion :

1<sup>o</sup> Conditions requises pour qu'il y ait désertion ou abandon proprement dit :

a) L'intention doit être malicieuse. Si une autre raison que la méchanceté agit sur le départ de l'époux, il n'y a plus désertion;

b) La durée de l'abandon du méchant, exigée par la loi, est d'une année;

c) L'époux doit avoir été condamné au rétablissement de la vie commune par jugement.

2<sup>o</sup> Conditions requises pour qu'il y ait quasi-désertion ou abandon partiel :

a) Signification d'une mise en demeure à l'époux récalcitrant. Cette mise en demeure est l'ordre de retour;

b) Intention malicieuse;

c) Abandon d'un an;

d) Un jugement.

La séparation, dans les deux cas, doit s'être produite contre le désir de la partie qui se plaint. On a cherché à éviter ici le danger de collusion entre époux et le divorce par consentement mutuel. On exige que le départ ait été brutal et immédiat.

Il suffit, pour échapper à cette cause de divorce, que l'époux coupable, condamné au rétablissement de la communauté, ait obtempéré à l'ordre de retour.

§ 4. CAUSES RELATIVES (RELATIVE SCHEIDUNGSGRÜNDE) (1)

ART. 1568. — Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint, par une violation grave des devoirs résultant du mariage ou par une conduite déshonorante ou immorale, s'est rendu coupable d'un ébranlement si profond du rapport conjugal que le maintien du mariage ne peut être exigé du premier. De sérieux sévices sont également réputés violation grave des devoirs.

Le principe fondamental sur lequel repose l'article 1568 est la violation des devoirs conjugaux avec intention méchante.

Comme pour les causes absolues, on exige qu'il y ait faute de la part de l'époux inculpé.

L'appréciation du juge est le pivot du système organisé par l'article 1568. Afin de limiter l'arbitraire, le texte établit certaines conditions qui doivent être remplies par la violation des devoirs conjugaux et exigées par le juge :

1<sup>o</sup> La vie conjugale doit être profondément atteinte.

Ce fait doit être bien établi. Une colère superficielle survenue entre les époux ne suffit pas. Un exposé de la vie du ménage est nécessaire. Le caractère des époux fait l'objet d'une enquête (*Entsch. R. G.*, Bd. 50, p. 681; *J. W.* 1900, p. 518, 615, 892; 1905, p. 393).

2<sup>o</sup> L'atteinte à la vie conjugale a été si grave qu'elle empêche de continuer la vie commune.

La violation du devoir conjugal ne suffit pas si elle ne rend pas la vie commune intolérable. Le juge doit donc rapprocher les renseignements qu'il a obtenus sur la vie des époux de la demande en divorce. Il doit rechercher dans les habitudes, les relations des époux, la certitude que la continuation de la vie commune est impossible. Cette enquête se fait aux points de vue objectifs et subjectifs (*R. G.*, *J. W.* 1905, p. 393, 490).

Si l'un des époux fait défaut, le juge se borne à examiner le côté objectif (*R. G.*, *J. W.* 1904, p. 63).

Si le juge refuse le divorce pour cause relative, l'enquête

---

(1) *ERLER*, p. 111; *MUSER*, p. 67; *DAVIDSOHN*, p. 57; *SCHMIDT*, p. 22; *JACOBI*, p. 76.

n'ayant pas démontré que la vie commune est impossible, l'époux demandeur peut revenir devant le juge lorsqu'il s'est produit un fait nouveau portant atteinte à la vie commune (R. G., J. W. 1900, p. 549; 1901, p. 324).

3<sup>o</sup> La responsabilité de l'époux inculpé doit être établie.

Une relation étroite doit exister entre la violation du devoir conjugal et la faute commise par l'époux. Si cette faute est pardonnée, le divorce est impossible. Il suffit pour déclarer qu'il y a faute, qu'il y ait un manquement contraire à la continuation de la vie conjugale (J. W. 1900, p. 549).

4<sup>o</sup> La violation du devoir conjugal doit être caractérisée.

L'article 1568 suppose que les faits qui engendrent la violation du devoir conjugal rentrent dans une catégorie qu'il indique. La preuve que l'époux coupable a porté atteinte à la vie commune n'est pas requise de façon absolue. On se contente de constater le résultat, qui est l'impossibilité de vivre en commun (R. G., J. W. 1900, p. 645).

La culpabilité d'un époux est annulée par la culpabilité de l'autre (Voir sur la compensation des torts. *Ents R. G.*, Bd. 46, p. 159; J. W. 1901, p. 69, 269, 596, 832; 1900, p. 518, 644, 892).

Une injure grave survenue au cours de la procédure de divorce est prise en considération (R. G., J. W. 1901, p. 324; 1902, p. 167; 1904, p. 295).

L'article 1568, afin de faciliter au juge la recherche des caractéristiques, donne quelques exemples de violation des devoirs conjugaux.

Les alinéas 1 à 3 citent la conduite déshonorante et immorale (*ehrloses oder unsittliches Verhalten*), les injures graves (*grobe Misshandlung*). Sont considérées comme injures graves toute sorte de mauvais traitements moraux et physiques.

D'après la jurisprudence, voici les faits que l'on peut invoquer comme cause relative de divorce :

1<sup>o</sup> Manquement aux devoirs conjugaux :

a) Défaut d'entretien du ménage, temporaire ou durable (*Entsch. R. G.*, Bd. 1, p. 370).

b) Abandon de l'éducation des enfants (*R. G.*, J. W. 1901);

c) Abandon méchant qui ne rentre pas dans l'article 1567 (*Ents. O.*, Bd. 1, p. 11);

- d) Refus du devoir conjugal. Cette cause devenue relative étant autrefois, dans de nombreux droits, absolue. Le juge doit tenir compte de la santé. *R. G. Archiv Seufferts*, Bd. 40, p. 175;
  - e) Impossibilité de remplir le devoir conjugal avec intention. *R. G. J. W.* 1902, p. 205;
  - f) Maladie sexuelle. *R. G. J. W.* 1901, p. 54, 1907, p. 48. *Ents. O.*, Bd 14, p. 239;
  - g) Attentat aux mœurs. *M. IV*, p. 583. *ERLER*, p. 95; *SCHMIDT*, p. 24; *WALTHER*, p. 56; *Entsch. R. G. Bd* 13, p. 196 ;
  - h) Tentative d'adultère. *R. G. J. W.* 1906, p. 167;
  - i) Ivrognerie. *M. IV*, p. 595. *JACOBI*, p. 76; *ERLER*, p. 115; *SCHMIDT*, p. 29;
  - j) Prodigalité. *DAVIDSOHN*, p. 72; *WALTHER*, p. 55 ;
  - k) Attitude blessante. *M. IV*, p. 587; *ERLER*, p. 113; *Entsch. R. G. Bd* 7, p. 687;
- 2° Conduite déshonorante et immorale :
- a) Injure. *M. IV*, p. 575; *B.*, p. 116; *Entsch. R. G. Bd* 41, p. 215;
  - b) Menaces insultantes. *R. G. J. W.*, 1903, p. 36;
  - c) Insultes. *Entsch. R. G. Bd* 51, p. 378; *J. W.*, 1901, p. 203 ;
- 3° Conduite contraire aux bonnes mœurs :
- a) Meurtre et crimes. *Entsch. R. G. Bd* 34, p. 234;
  - b) Métier injurieux. *R. G. J. W.* 1902, *Bul.*, p. 71;
  - c) Refus d'assister à la célébration religieuse du mariage. *R. G. D. J. Z. Bd* 9, p. 507.

Le divorce, pour cause relative indéterminée, a donné lieu au cours des travaux préparatoires à de longues discussions. L'article 1444 P 1 est à peine reconnaissable dans l'article 1568 du texte définitif.

Les critiques que l'article 1444 P 1 avait soulevées permirent à la deuxième Commission, au Reichstag et à la Commission parlementaire de se quereller de longues heures à son sujet. Environ quarante modifications de textes réparties en quatorze amendements ont été proposées. Devant la deuxième Commission (Pr. p. 405) deux thèses s'affrontaient.

Une première considérait les causes relatives de divorce comme un principe pratiquement sans valeur. Il ne faut pas faire dépendre un divorce de l'arbitraire d'un homme. Une série de causes déterminées est préférable à une formule.

Une deuxième thèse, adoptant le point de vue des motifs (*M. IV* p. 593) soutenait l'utilité des causes relatives : « Il est impossible de prévoir tous les cas de violation du devoir conjugal. La question de culpabilité étant le but essentiel à rechercher par le magistrat, cette détermination de la faute le guide. »

La Commission dut choisir au milieu d'une foule de propo-

sitions le texte de son projet. Elle écarta les amendements qui énuméraient trop d'exemples de violation du devoir conjugal (certains allaient même jusqu'à citer la rupture de fiançailles et l'impossibilité de réconciliation) et s'arrêta aux sévices graves et à la conduite déshonorante et immorale.

La séparation de corps prononcée avec modalités par le juge dans l'article 1444 P 1 était supprimée.

A la première lecture du P 4 devant le Reichstag, M. Kauffmann mena une charge à fond contre l'article 1551 P 4 (1444 P 1, 1463 P 2, 1453 P 3, 1468 T. D.). Il lui reprocha de donner trop de pouvoir au juge (1). La Commission parlementaire du Reichstag, malgré une âpre discussion, laissa à peu près intact le texte de l'article 1551 P 4 (1568 T. D.).

En deuxième lecture le projet Lenzmann, réclamant la suppression de l'adjectif *grobe* (graves) accolé au substantif *Miss-handlung* (injures, traitements) (2) et l'énumération d'une série d'exemples de violation du devoir conjugal (*Beschimpfung* : affront, tracasseries; *Verleumdung* : calomnie; *rechtswidrige Bedrohung* : menaces injustes), fut repoussé. Il amena une déclaration de M. Bebel en faveur de ce projet et dont l'argumentation ne manque pas d'adresse (3) mais n'a aucune portée juridique. M. Bebel en profita pour demander que les ménages sans enfants puissent divorcer par consentement mutuel quand il y a faute et frivolité. Cette proposition, qui venait directement de l'A. L. R., ne trouva aucun écho sérieux.

---

(1) « Je crois, messieurs, que vous donnez un pouvoir surhumain aux décisions du juge. Personne ne peut connaître les relations des époux et voir ce que cache l'intimité. Estimer que le juge le pourra, c'est étendre par trop son appréciation discrétionnaire. Beaucoup de chambres de divorce liquident 20 à 30 affaires de divorce par jour. Il est absolument impossible, malgré la routine des affaires que possèdent les magistrats, de ne pas voir de solutions contradictoires. Les juges qui ont une grande expérience de la vie — les vieux juges, par exemple, qui ont vécu — savent que le mariage n'est pas toujours un rêve romantique embaumé de fleurs; ceux-là diront : « Allons! séparez-vous. Courez en paix chercher votre bonheur « ailleurs. » Les autres juges, les jeunes, dont la sévérité est à noter, interpréteront vos prescriptions avec rigueur... » (*Ber.*, p. 59).

(2) Nous nous heurtons ici à une difficulté, que nous n'avons pu surmonter, celle de traduire en français le mot juridique exact correspondant à la nuance de la pensée allemande, *Grobe Misshandlungen*. N'est-ce pas les injures graves, aussi bien que les mauvais traitements. La même observation s'applique à toutes les équivalences que nous avons dû citer.

(3) « Celui qui lit les Motifs, qui ne connaît le droit prussien, doit croire qu'il était une loi bien mauvaise et insuffisante. On ne comprend pas alors qu'il ait vécu cent ans... Et pourtant il était un élargissement du projet Lenzman... » (*Ber.*, p. 592).

En troisième lecture M. Kauffmann rappelle la suspicion qu'il professait ainsi qu'un certain nombre de membres de l'Assemblée à l'égard de l'interprétation du juge.

L'article 1551 P 4 conserva la forme qu'il avait déjà revêtue dans les articles 1463 P 2, 1453 P 3 et qui devait passer dans l'article 1568 T. D.

#### § 5. — LA DÉMENCE (DIE GEISTESKRANKHEIT) OU MALADIE MENTALE

ART. 1569. — Un époux peut agir en divorce lorsque son conjoint est frappé d'une maladie mentale, que cette maladie a duré au moins trois années pendant le mariage et qu'elle a atteint un degré tel que la communion intellectuelle est supprimée entre les époux et que tout espoir de la voir se rétablir est perdu.

On a discuté pour savoir si la démence est une cause de divorce absolue ou relative (1). Les avis sont partagés. On peut conclure à ce que la démence n'est ni l'une ni l'autre mais une exception au principe de la faute grave. La sentence de divorce ne se préoccupe pas de savoir si le dément est responsable de sa folie. Le B. G. B. distingue entre la démence et la faiblesse d'esprit. Cette dernière n'est pas une cause de folie. La possibilité de divorcer à cause de la folie est indépendante de l'interdiction de l'époux malade.

Trois conditions sont exigées pour que la maladie mentale soit acceptée comme cause de divorce :

1<sup>o</sup> La démence doit atteindre un degré tel que la communauté intellectuelle entre époux est supprimée.

La notion de « démence » n'a pas été définie par la loi. On a recours à la terminologie médicale. Dans les droits antérieurs on faisait une distinction avec l'imbécillité, la fureur, l'idiotie, qu'ils admettaient plus ou moins. L'article 1569 n'admet que la folie (R. G. J. W. 1901, p. 297, *Ents. O.*, Bd 2, p. 324).

---

(1) JACOBI, p. 79; SCHMIDT, p. 14; GERHARDT, p. 17; KOHLER, p. 46; WALTER, p. 51; SCHERER, p. 263; DAVIDSON, p. 8; ERLER, p. 87; COSACK, p. 301. SCHIEFFER in der *Juristen Zeitung*, 1896, p. 253. Commentaires de PLANCK, § 1569; ENDEMANN, § 160; CRANC, § 559; ENNECENS, § 337).

Ici se pose la question de la représentation de l'époux en justice. D'après l'article 612 C. P. O. 1869, le dément est déclaré incapable, donc il ne peut ester en justice que par l'intermédiaire d'un représentant légal. S'il est déjà interdit son représentant est un tuteur. Si la procédure d'interdiction n'est pas encore terminée, l'époux malade n'ayant pas de tuteur, le président du tribunal nomme un remplaçant qui estera en justice.

2<sup>o</sup> La démence doit être incurable.

D'après le texte de l'article 1569 il faut que la démence rende tout espoir de vie commune impossible. Il ne peut pas y avoir d'intervalles lucides. Il ne faut pas qu'il soit susceptible d'y en avoir. L'expertise médicale est capitale et grosse de conséquences. C'est un point délicat qui avait soulevé les scrupules de maints députés dans la discussion du B. G. B. devant le Reichstag (Voir ci-dessous).

Lorsqu'une expertise médicale exercée par plusieurs médecins les trouve en désaccord, le tribunal se décide selon son intime conviction.

3<sup>o</sup> La démence doit avoir duré au moins trois ans. Cette disposition a pour but de renforcer les garanties d'exactitude que l'on poursuit dans la détermination de la maladie mentale. On a cherché autant que possible à éviter les erreurs. Trois années d'observation médicale sur un sujet atteint de folie permettent de se prononcer sans trop de craintes. Le point de départ du délai de la folie est compté du jour où la maladie a été constatée par jugement. Le délai de trois années écoulé, le jugement sur le divorce est rendu.

La maladie mentale survenue avant le mariage ne compte pas. La personne qui épouse un dément sait ce qu'elle fait. Si lors du mariage l'état d'esprit de l'époux devenu fou laissait craindre qu'un jour la démence pût se produire, l'époux bien portant est admis à formuler une demande en divorce.

Si un éclair de lucidité est surpris pendant le délai de trois ans, le délai repart de la date où une nouvelle rechute survient.

Une conséquence importante du divorce pour cause de folie est l'obligation d'entretien de l'ex-conjoint demeuré malade, par l'ex-époux bien portant. La cause de divorce pour maladie mentale, que nous ne possédons pas en France, n'a pas été insérée

dans le titre VII, livre IV du B. G. B. sans résistance, bien que depuis longtemps certains droits d'Allemagne l'admissent.

Le premier projet l'avait écartée. On trouve dans les Motifs les raisons qui ont pesé sur les décisions de la première Commission. La principale d'entre elles était le désir de ne point faire d'exception au principe de la culpabilité.

Parmi les critiques, les plus acerbes furent dirigées contre son absence dans le projet de B. G. B. Les partisans du rétablissement de la démence comme cause de divorce la réclamèrent avec force.

La deuxième Commission introduisit dans le deuxième projet l'article 1464. Elle justifia son attitude par deux catégories d'arguments :

1<sup>o</sup> La plupart des droits existants, A. L. R., Landrecht badois, etc. admettent la démence;

2<sup>o</sup> L'intérêt de l'époux bien portant et celui des enfants réclame la possibilité d'éloigner l'époux malade (Pr. IV, p. 425 et 426).

En première lecture, M. Buchka, comme nous l'avons déjà dit, déplora l'introduction du divorce. M. Planck, commissaire du Bundesrat, quoique de l'avis de M. Buchka, admit sous certaines conditions la folie.

La Commission parlementaire, après de minutieux débats, la supprima.

Dans la discussion générale (*Bericht*, p. 109) la démence cause de divorce fut violemment critiquée. Les partisans de la suppression développèrent leur thèse avec précision.

Les catholiques démontrèrent qu'aucune cause de divorce ne violait autant la conscience chrétienne. Y avait-il rien de plus scandaleux que cet abandon de l'époux malade au moment où il devenait le plus intéressant?

Quant aux enfants, que penseraient-ils lorsqu'ils verraient leur père ou mère profiter de la terrible maladie de leur conjoint pour contracter un nouveau mariage? Et enfin qu'advviendrait-il si le dément revenait à la raison, car personne ne peut affirmer que la folie est incurable?

D'ailleurs admettre la maladie mentale, c'est admettre les autres maladies.

Les représentants de Bavière et de Mecklembourg approuvèrent cette manière de voir et la complétèrent.

La minorité de la Commission, qui était pour le maintien de l'article 1552 P 4, ne se laissa pas abattre. Elle riposta que la cause de divorce pour démence jouait dans fort peu de cas et qu'il ne fallait pas s'embarrasser de vaines sentimentalités.

Sur les détails du texte une grande controverse s'engagea. Qu'entendait-on par intervalles lucides? Que voulait-on dire par communauté intellectuelle?

Le projet de maintien de l'article 1552 P 4 fut repoussé par 13 voix contre 8. La démence disparaissait du P 4.

Les champions de la démence comme cause de divorce ne se tenaient pas pour battus et en deuxième lecture le combat reprit acharné. Huit orateurs se jetèrent au visage des arguments de tout ordre (*Ber.*, p. 608).

M. Lenzmann, auteur d'un amendement qui rétablissait l'article 1552, prit le premier la parole : « La question (du divorce pour démence) ne doit pas être envisagée au point de vue politique, mais pratique. Le projet gouvernemental a été adopté par le Conseil fédéral moins les deux voix des représentants de Bavière et de Mecklembourg. Il ne s'agit pas d'introduire une nouveauté dans le droit allemand, mais au contraire de ne pas le modifier. Si l'article 1552 n'est pas rétabli, vous rayez d'un trait de plume ce qui existe dans de nombreux territoires allemands. La Commission du Reichstag a donné comme argument pour justifier sa suppression, qu'elle violait le principe de la culpabilité... Le divorce n'est pas une punition, mais une situation juridique... Au point de vue religieux, on peut dire que la dissolution du mariage dans le cas de démence est indépendante de la volonté. N'est-ce pas la séparation obligatoire provoquée par un événement malheureux qui équivaut à la mort?... » Et l'orateur termine en lisant la phrase d'une lettre d'électeur : « Qu'importe à ces messieurs du centre et de droite notre malheur et celui de nos enfants? »

Le chevalier von Heller, représentant de la Bavière, conseiller bavarois du ministère d'État, répondit à M. Lenzmann. Il ne chercha pas à dissimuler que la Bavière avait pris parti contre le divorce pour cause de maladie mentale. « Ce n'est pas une

question de sentimentalisme religieux, mais un cas de conscience chrétien » conclut le chevalier.

M. Buchka protesta au nom du centre et affirma la volonté de son parti de voter contre le projet Lenzmann (1).

M. Schonstedt, représentant de la Prusse au Bundesrat, ministre de la justice d'État de Prusse, exposa le point de vue du Gouvernement prussien. Après avoir déclaré qu'il était pour l'adoption du projet Lenzmann, il justifia l'attitude prise : « La question de savoir si la maladie mentale peut être une cause de divorce est discutée depuis des siècles : les églises catholique et protestante sont en désaccord sur ce cas, la première la rejette, la deuxième l'adopte. Un fait est à reconnaître, c'est que la majorité de l'Allemagne est soumise à un droit qui reconnaît la démente. »

M. Stadthagen, du parti social-démocrate, soutint le projet Lenzmann au point de vue historique et protestant.

« Moi et mes amis nous avons proposé un amendement à l'article 1552 de la proposition gouvernementale qui ne va pas assez loin. Je n'ai pas la prétention d'amener ceux qui sont partisans du droit canonique à partager notre point de vue... Mais le droit protestant accepte depuis 1525 le divorce pour ce motif. Un ordre de Zwingle du 10 mars 1525 est clair ! Tous les ouvrages de droit protestant (Bruckner, Kayser, Butters) admettent la folie... »

M. Grober, du centre, succéda et critiqua la proposition Lenzmann. Il le fit en termes chaleureux et c'est peut-être un des meilleurs morceaux d'éloquence de ces débats : « Nous ne nous mettons pas sur le terrain confessionnel. Pour les catholiques, le mariage ne peut être dissous. C'est entendu. Nous envisagerons le problème au point de vue des gens qui n'ont pas de religion. « J'ai dit (hier) à M. Lenzmann : « Vous plaisantez. » J'aurais dû dire : « Vous ne prenez pas la chose assez au sérieux. » C'est assez comique, d'ailleurs, de voir M. le ministre de la Justice

(1) « M. Lenzmann a mis à mon grand étonnement la discussion sur un terrain où je ne puis le suivre. Il a donné communication d'une lettre qu'il a reçue et dont il cite ces mots : « Que peut faire à ces messieurs du centre notre malheur et celui de nos enfants ? » Je proteste !

« Moi et mes amis politiques nous voterons contre l'amendement Lenzmann et pour la décision de la Commission qui efface l'article 1552. »

bras dessus bras dessous avec M. Lenzmann. Ce même ministre a dit qu'en Bade on serait mécontent de voir disparaître la maladie mentale comme cause de divorce. Le ministre serait bien déçu par un plébiscite.

« Puis le ministre nous a donné de petites statistiques sur les divorces à cause de folie. Les chiffres n'étaient pas énormes en théorie..., mais en pratique?... »

Enfin M. Grober termina son discours par ces deux questions qui frappèrent le Reichstag :

1<sup>o</sup> Qui peut affirmer que la folie durera toujours?

2<sup>o</sup> Qu'est-ce qu'un intervalle lucide?

M. Schonstedt, ministre d'État prussien, répondit lourdement à M. Grober.

Quant à MM. Osann, Gamp, Schroeder, Munckel et Pauli, qui étaient inscrits comme orateurs sur la question de la démence, ils n'apportèrent rien de nouveau aux débats.

Ils se contentèrent de répéter les mêmes arguments sous une autre forme pour expliquer leur position en face de l'amendement Lenzmann.

Par 125 voix contre 116, l'article 1552 P 4 demeura supprimé.

En troisième lecture, les partisans de la démence revinrent encore à la charge. M. Munckel répéta la nécessité de ne pas abandonner une cause de divorce depuis longtemps admise et adjura l'Assemblée de rétablir l'article 1552.

M. Hohenthal et Regen, ministre du royaume de Saxe, s'associa à l'orateur et rappela que l'article 1743 du Code saxon autorisait le divorce pour folie dans les mêmes conditions que le projet gouvernemental prussien.

La démence fut finalement votée par 161 voix contre 133.

Elle devint l'article 1569 dans le texte définitif.

---

## CHAPITRE II

### PROCÉDURE (1)

---

Le Code de procédure civil allemand, révisé en 1898 (*die deutsche Civilprozessordnung in der Fassung 1898*), s'occupe, dans le livre VI, 1<sup>re</sup> partie, articles 606 à 639, de la procédure des affaires matrimoniales, qui est spéciale, sur certains points, en raison de la nature du droit de famille.

Les considérations qui ont amené cette spécialisation sont :

1<sup>o</sup> L'État a un intérêt au maintien du mariage. Lorsqu'il est nécessaire de le dissoudre, il faut que ce soit sur des causes établies par la loi. Il en résulte les conséquences suivantes :

a) L'intervention du ministère public est nécessaire (art. 607, 632, 634, 636, 638, C. P. O.);

b) Des preuves spéciales peuvent être admises (Exemple : comparution personnelle d'une partie, art. 622);

c) Tentative de conciliation (art. 608 à 611);

d) Le jugement par défaut contre le défendeur peut être inefficace (art. 608-611);

e) Le jugement est déterminé;

2<sup>o</sup> L'acte d'introduction d'instance pour éviter la multiplication des procès matrimoniaux, doit exposer complètement la question. C'est pour cela :

a) Qu'on autorise la jonction des demandes en une seule;

b) Qu'on ordonne un renouvellement de la tentative de conciliation;

c) Qu'on interdit de présenter certains moyens de défense (art. 620).

---

(1) ERLER, p. 161; HELLWEG (ensemble du traité).

En ce qui concerne le divorce, voici les points que nous étudierons :

- 1<sup>o</sup> Compétence du tribunal;
- 2<sup>o</sup> Intervention du ministère public;
- 3<sup>o</sup> Capacité;
- 4<sup>o</sup> Requête et demandes reconventionnelles;
- 5<sup>o</sup> Procuration. Représentant;
- 6<sup>o</sup> Tentative de conciliation;
- 7<sup>o</sup> Jugement par défaut;
- 8<sup>o</sup> Preuves;
- 9<sup>o</sup> Suspension de la procédure;
- 10<sup>o</sup> Jugement;
- 11<sup>o</sup> Appel, revision, reprise de la procédure;
- 12<sup>o</sup> Mesures provisoires;
- 13<sup>o</sup> Fins de non-recevoir.

**1<sup>o</sup> Compétence du tribunal (art. 606).**

Est compétent dans un procès de divorce le Landgericht, tribunal de première instance près duquel le mari a son principal établissement. Peu importe que la demande émane d'un époux ou de l'autre. La compétence du Landgericht s'exerce *ratione personae* et *ratione materiae*. Le principal établissement du mari est déterminé par son domicile dans l'intérieur ou à l'étranger et par son dernier domicile s'il n'en possède aucun à l'intérieur ou à l'étranger.

**2<sup>o</sup> Ministère public (art. 607).**

Le ministère public ne peut intervenir de lui-même. Il peut demander à connaître le dossier ou rechercher de nouveaux moyens de preuve.

L'activité du ministère public doit s'inspirer de l'intérêt de l'État.

Dans le cas d'appel, les mêmes règles s'appliquent.

Tant que le ministère public est partie, il doit suivre le règlement de l'audience. Son nom est indiqué, ses annotations et ses écrits sont communiqués aux époux.

3<sup>o</sup> Capacité d'ester en justice (Prozessfähigkeit) (art. 612, C. P. O.).

D'après l'article 52, 1<sup>o</sup>, C. P. O., une personne est capable d'ester en justice quand elle peut contracter.

Les personnes incapables (art. 104 B. G. B.), ou en partie incapables (art. 106, 114), ne pouvant contracter, ne peuvent donc ester en justice. En matière matrimoniale, en raison de la nature du mariage qui est une affaire personnelle, les époux incapables doivent être en mesure de prendre attitude de demandeur ou défendeur (*Motive IV*, p. 60).

Ce principe est en accord avec l'article 1336, 1<sup>o</sup> B. G. B. Cependant, pour les personnes incapables mariées, le C. O. P. donne à leur représentant légal le droit d'intenter une action en divorce. Une exception existe en faveur de la reprise de la vie commune. Le représentant légal ne peut opérer une pression sur l'époux incapable, pour l'obliger à se réunir avec l'époux défendeur ou demandeur.

Le représentant légal doit, pour intenter une action en divorce, obtenir l'autorisation du tribunal des tutelles qui doit exiger la preuve de la nécessité d'une telle action pour l'époux incapable.

Si, au cours de la procédure, l'époux incapable ou partiellement incapable devient capable, les fonctions du représentant légal cessent. L'époux, désormais libre, est obligé de manifester son intention de continuer l'instance.

4<sup>o</sup> Requête et demande reconventionnelle.

La requête à fin de divorce expose le but de la demande et les griefs.

En première instance jusqu'à la fin des débats oraux, on peut faire état de moyens nouveaux. Cela n'est pas possible en appel (R. G. J. W. 1896, p. 149). Une nouvelle cause de divorce peut donc être alléguée au cours des débats. On peut, en appel, présenter aussi une cause de divorce qu'on n'avait pas présentée en première instance.

Le cumul des demandes n'est pas permis (art. 616). On ne peut, par exemple, demander en même temps que le divorce pour cause d'adultère la nullité du mariage (R. G. J. W. 1899, p. 40).

Une demande reconventionnelle n'empêche pas une nouvelle tentative de conciliation (art. 614, C. P. O.).

Le demandeur peut être débouté de sa demande (art. 616). Il ne peut plus demander le divorce pour la même cause sur les mêmes faits dans la même instance. Cette règle s'applique au défendeur, qui a fait une demande reconventionnelle.

Le désistement du demandeur peut avoir lieu sans le consentement du défendeur jusqu'au début de la plaidoirie du défendeur.

#### **5° Procuration. Représentation (art. 613).**

Il existe pour les affaires matrimoniales une exception aux règles de la représentation des justiciables. Le représentant est dans l'obligation de posséder un pouvoir spécial qui le désigne pour plaider un procès matrimonial devant la justice.

La première commission pour la rédaction du B. G. B. s'était entendue pour que le pouvoir du représentant fût spécialisé à la cause de divorce invoquée par l'époux. L'avocat-avoué (*Rechtsanwalt*) n'avait donc pas le droit d'en présenter une autre.

La Commission du Reichstag s'opposa à cette interprétation et décida à l'unanimité qu'avec son pouvoir l'avocat-avoué serait en mesure d'articuler toutes les causes de divorce qu'il jugerait utiles.

#### **6° Tentative de conciliation.**

Dans un État, il est désirable que les époux restent unis, aussi la loi favorise-t-elle la conciliation. Elle charge l'Amtsrichter (juge de paix) de procéder à ces tentatives (art. 609, C. P. O.).

L'obligation de tenter la conciliation s'applique à tous ceux qui plaident le divorce ou la suppression de communauté de vie conjugale devant les tribunaux allemands : que ce soit l'homme ou la femme, qu'ils habitent à l'intérieur ou à l'étranger, qu'ils soient sujets étrangers ou sujets allemands. Le juge de paix compétent est celui du domicile du mari.

La comparution des plaideurs engendre la perte de la prescription.

Lorsque les deux parties comparaissent dans les délais de conciliation, le juge doit, même si sa tentative est infructueuse, en dresser constat.

L'article 611 C. P. O. recommande au juge de ne pas assimiler la tentative de conciliation à une simple formalité.

Une seconde tentative de conciliation est faite, si la première n'a pas donné de résultats; elle a lieu trois mois après.

Dans le cas d'absence, de séjour à l'étranger, de domicile inconnu du défendeur, les tentatives de conciliation peuvent être omises. Le président du Landgericht est seul juge de l'opportunité de cette exception (art. 611., C. P. O.).

#### 7° Jugement par défaut.

Si le défendeur fait défaut à l'audience, on peut renvoyer à un autre jour les débats sur la demande du plaignant. Le défendeur est avisé du renvoi.

Lorsque le défendeur avisé du renvoi ne se présente pas à l'audience indiquée, le jugement par défaut est rendu. Un jugement par défaut en matière matrimoniale est inefficace.

Dans le cas où le demandeur fait défaut il est débouté.

#### 8° Preuves (art. 617 C. P. O.).

La vérité est particulièrement utile dans un procès de divorce. En cette matière, la règle des preuves comporte d'importantes exceptions. Toutes les preuves possibles peuvent être fournies. On admet, par exemple, l'enquête sur la vie privée, la citation de témoins de tous ordres, la production de documents privés, le serment.

La tâche du juge est de discerner dans l'ensemble des matériaux probatoires les éléments qui l'aident à se faire une conviction.

En ce qui concerne la maladie mentale, nous avons déjà parlé de l'expertise médicale, preuve exceptionnelle admise pour cette cause de divorce (p. 65).

Le tribunal peut ordonner la comparution personnelle d'une partie, afin qu'elle s'explique sur les pièces produites au procès.

Si la comparution d'une partie est empêchée par une grande

distance, on nomme un juge commissaire qui interroge l'époux éloigné.

Si la partie convoquée ne comparait pas, on procédera comme pour le défaut de comparution des témoins (art. 61, C. P. O., une amende est infligée). Il ne peut être procédé à un emprisonnement.

#### 9° Suspension de la procédure (art. 620).

Le demandeur a-t-il demandé la suspension de procédure sur une cause de divorce, le tribunal ne doit pas la reconnaître avant que la suspension proprement dite ait été accordée. Sur cette considération elle peut être autorisée pour deux ans au maximum et une seule fois dans l'instance.

#### 10° Jugement.

Le tribunal décide en toute liberté d'après l'examen général des faits.

Le juge se prononce sur la question de faute. De la déclaration de faute dépendent certaines charges : éducation des enfants; nom de la femme. Le jugement indique les mesures concernant les effets (régime des biens, éducation des enfants, etc...).

D'après l'article 901 C. P. O., s'il y a eu plusieurs sentences provisoires rendues au cours de l'instance, on donne au dernier jugement le titre de jugement définitif (*Endurteil* s'oppose à *Theilurteil*).

Les jugements de divorce et de suppression de la communauté de vie conjugale sont exécutés d'office.

Si une partie meurt avant que le jugement soit exécutoire, l'instance est considérée comme n'ayant pas existé.

#### 11° Appel. Revision. Opposition.

Chaque jugement de divorce ou de suppression de la communauté de vie conjugale est susceptible d'appel.

Le juge d'appel peut écarter la demande que formule une nouvelle cause de divorce. On peut arguer de nouveaux moyens de défense.

La revision est déterminée par l'article 547.

La décision de la Cour sur la question de culpabilité n'est pas intangible. Si le tribunal de cassation (*Reichsgericht*) découvre la culpabilité il indique qui est fautif.

La cassation d'un jugement ne peut être fondée sur le fait que le juge d'appel aurait omis d'apprécier certains actes des parties.

L'opposition à un jugement de divorce est possible.

#### 12° Mesures provisoires.

Dans le cas de divorce ou de suppression de la communauté de vie conjugale, le tribunal peut ordonner, sur la demande d'un époux, des mesures provisoires pour la durée du procès (art. 627, C. P. O.). Ce sont de véritables effets du divorce, qui sont temporaires.

On en compte cinq :

- 1° Autorisation aux époux de vivre séparés;
- 2° Devoir d'entretien des époux l'un envers l'autre suivant la situation de chacun;
- 3° Garde des enfants;
- 4° Obligation d'éducation envers les enfants;
- 5° Mesures provisoires concernant le patrimoine, permettant d'attendre la liquidation de la communauté de biens.

#### 13° Fins de non-recevoir.

##### A) LE PARDON (*Die Verzeihung*) (Art. 1670 B.G.B.)

Le pardon existait comme fin de non-recevoir dans le droit canonique, dans le droit protestant et l'A. L. R. (art. 1720 et suiv.).

Il est possible pour toutes les causes de divorce, sauf pour la démence : Sa constatation est officielle. Le pardon n'est pas un renoncement au droit de divorce (Erler, p. 120). Le pardon n'est pas une question de droit mais de fait (M. IV, p. 603).

Il se manifeste par un signe extérieur. Il ne peut en être tenu compte si une manifestation de volonté ne s'est pas produite. Si l'époux veut effacer le passé, il doit délivrer une preuve de son intention conciliatrice. La plus fréquente est le consentement

tacite accordé par un époux à l'autre, lorsqu'un conjoint reçoit l'autre une nuit chez lui (*Ents. O.*, Bd 7, p. 107; Bd. 12, p. 319).

Le pardon doit être fait en toute liberté d'esprit. Le dérangement cérébral, l'ivresse l'empêchent d'être valable.

S'il est obtenu par la menace, la peur, le vol, il est inexistant (*Entsch. R. G. Bd 37*, p. 348; J. W. 1902, p. 194; 1905, p. 113).

En principe il ne doit pas être accordé sous réserves. Toutefois, certaines conditions n'ayant aucun caractère grave et ne se rapportant pas à l'institution du mariage sont tolérées. Exemple : Versement d'une somme à une caisse de charité, achat d'un chapeau, etc... (*Seuffertsarchiv Bd. 22*, p. 156; Bd 55, p. 167.)

Le pardon donné sous condition d'amélioration n'est pas permis (*R. G. Bd. 37*, p. 346; J. W. 1901, p. 386).

Le pardon peut avoir lieu soit avant, soit après la requête. Il est sans valeur après le jugement de divorce. Un nouveau mariage est nécessaire.

## B) LA PRESCRIPTION

Les délais de prescription en matière de divorce sont déterminés par l'article 1571 du B. G. B.

L'action en divorce doit nécessairement, aux cas des articles 1565 à 1568, être introduite dans le délai de six mois à partir du moment où l'époux obtient connaissance de la cause de divorce. L'action est exclue si dix années se sont écoulées depuis la survenance de la cause de divorce.

Le délai ne court pas tant que la communauté de vie domestique est supprimée. Si l'époux ayant droit d'agir est invité par l'autre époux soit à rétablir la communauté de vie domestique, soit à introduire l'action, le délai court de la réception de l'invitation. A l'introduction de l'action est assimilée la citation aux fins de conciliation. La citation perd son effet si l'époux ayant droit d'agir ne comparait pas au jour fixé pour la conciliation ou si trois mois se sont écoulés depuis la fin de la procédure de conciliation et que l'action n'ait pas été introduite auparavant.

Cet article a fait l'objet de modifications au cours des tra-

vaux préparatoires. L'article 1447 P 1 transformé par l'article 1554 P 2 fut discuté vivement dans le sein de la Commission parlementaire du Reichstag qui appliqua aux deux délais de six mois et de dix ans la prescription, alors que dans le projet le délai ne courait que pour la petite prescription de six mois, elle-même réduite de un an à six mois par la deuxième Commission.

---

## CHAPITRE III

### EFFETS DU DIVORCE (1)

---

Il y a deux catégories d'effets du divorce :

1<sup>o</sup> Des effets spéciaux à l'institution du divorce : nom de la femme, entretien des époux, révocation des donations, entretien et garde des enfants (art. 1577 à 1581 B. G. B.);

2<sup>o</sup> Des effets généraux communs avec ceux de toute dissolution du mariage. On les divise en effets de droit civil (perte du domicile, fin de la communauté de vie, liquidation des rapports patrimoniaux, question de filiation, puissance paternelle, légitimation et adoption, tutelle, pension alimentaire, rapports de parenté) et effets de droit public (élection de domicile, liberté de contracter, nationalité, etc.) (2).

#### § 1. — EFFETS PROPRES AU DIVORCE

##### A) NOM DE LA FEMME (art. 1577).

L'article 1577 établit une règle différente de celle de notre droit. La femme, au lieu de reprendre son nom de jeune fille, garde celui de son mari sous certaines réserves.

---

(1) ERLER, p. 133 à 157; MUSER, p. 148; WALTHER, p. 62.

(2) On classe également les effets du divorce en trois groupes :

1<sup>o</sup> Effets résultant des rapports personnels des époux;

2<sup>o</sup> Effets résultant des rapports patrimoniaux;

3<sup>o</sup> Effets résultant de la présence d'enfants.

Cet illogisme a soulevé les critiques de juristes non seulement en France (R. de la Grasserie) mais en Allemagne (1).

Aux objections multiples, on a répondu par deux arguments d'une valeur incontestable :

1<sup>o</sup> L'article 1577 qui détermine spécialement l'effet du divorce sur le nom de la femme découle de la règle posée par l'article 1355 (Voir le commentaire du Code annoté sous cet article, p. );

2<sup>o</sup> La femme a grand intérêt, dans les affaires, à ne pas perdre le nom de son mari. Le B. G. B., adoptant le maintien du nom du mari, a repris la solution de l'A. L. R.

La situation de la femme divorcée est semblable à celle d'une veuve. Cependant, elle possède un avantage sur cette dernière, en ce qu'elle peut choisir entre le nom de son mari et son nom de jeune fille. L'alinéa 2 permet ce choix. Elle peut même opter pour un troisième si elle s'était remariée. Ce choix est indépendant de la culpabilité inscrite dans le jugement de divorce. Toutefois, lorsque la femme est déclarée fautive, le mari a le droit d'exiger qu'elle abandonne le nom qu'il porte.

Le premier projet de 1887, quoiqu'il eût reconnu l'intérêt qu'avait un homme divorcé et sa famille, à interdire à la femme, déclarée coupable, le port du nom conjugal, écarta le droit d'interdiction en raison de la coutume et des complications administratives (M. IV, p. 621).

Le deuxième projet n'a pas repris cette solution. Il a, au contraire, établi la possibilité du droit d'interdiction (P. IV, p. 447).

La reprise du nom résultant soit du choix de la femme, soit de l'interdiction, doit être communiquée aux autorités administratives.

La déclaration est faite dans la forme des actes publics. Le nom de jeune fille ou de l'ancien époux (si la femme était remariée) est valable à partir du jour de cette formalité.

Le mari reçoit avis du changement de nom lorsque la femme décide de reprendre son nom.

---

(1) V. DERNBURG, III, p. 9; STAUDINGER, *Das Namenrecht des B. G. B. Seufertsche Blätter für Rechtsanwendung*, 62<sup>e</sup> année, n<sup>os</sup> 12, 14, 19, 22. *Das Namenrecht des B. G. B. Archiv für civil. Praxis* Bd. 89, Heft 2-3. SOHN, *Adelsrecht und Namenrecht* D. J. Z., 1899, p. 8-11.

Dans le cas inverse, c'est le mari qui avertit la femme. Les modifications de nom n'influencent pas celui des enfants. On ne distingue pas entre les noms de la noblesse et ceux de la bourgeoisie. Le B. G. B. est applicable à tous les sujets du Reich. Cependant, il faut rappeler que la qualité de noble appartient au droit public et qu'une différence existe toujours entre les *Adelsnamen* et *Adelstauch*. Il s'agit ici de nuances étrangères à notre sujet, sur lesquelles on trouvera dans Erler, page 136, des éclaircissements.

B) OBLIGATIONS D'ENTRETIEN DES ÉPOUX (art. 1578, 1579, 1580, 1581, 1582, 1583) (1).

Le droit commun allemand comme le droit prussien accordait des avantages à l'époux divorcé exempt de faute, à titre de compensation. Le B. G. B. a écarté cette idée de punition comme contraire à l'esprit du mariage. Il accorde seulement une somme d'argent pour l'entretien de l'époux innocent, qui ne peut suffire à ses dépenses.

Cette obligation d'entretien se rattache à la règle légale forçant les enfants et les familles à ne pas laisser leurs parents dans la misère (art. 1601 à 1615, B. G. B.).

Le premier projet, reprenant les solutions du droit saxon (art. 1750) et du Code Napoléon (art. 301), n'établissait l'obligation d'entretien que dans le cas de nécessité.

Le deuxième projet a poussé plus loin cette idée. Il a opéré une distinction entre la culpabilité des deux époux.

L'époux innocent est seul susceptible d'obtenir l'*Unterhaltspflicht*. L'époux coupable est seul en demeure d'exécuter le devoir d'entretien 1578 et 1579. Si les deux conjoints sont reconnus fautifs, l'obligation d'entretien cesse. Dans le cas de maladie mentale, l'époux bien portant est assimilé à l'époux coupable. Il doit subvenir aux besoins de son ex-conjoint demeuré dément (art. 1583).

L'étendue de l'obligation d'entretien se détermine par la

---

(1) ERLER, p. 137; MUSER, p. 156; DAVIDSOHN, p. 122; SCHMIDT, p. 746; DERNBURG, B d. IV. § 29.

situation sociale et pécuniaire de l'époux obligé. Le calcul du montant se fait en tenant compte du *standard of life* de l'époux innocent (art. 1578).

On prend en considération la capacité de payer de l'époux coupable. On tient compte de l'occupation de l'homme ou de la femme et de la nature de leurs revenus. Est-ce un salarié, on est moins sévère que pour des rentes issues de biens mobiliers ou immobilier (R. G. B. 62, p. 295; G. W. 1906, p. 140). L'homme qui doit normalement subvenir aux frais d'un ménage peut démontrer l'absence totale de ressources pour obtenir de la femme coupable de devoir d'entretien.

Bien qu'un époux soit innocent, s'il possède une grosse fortune, l'époux coupable peut être dispensé de s'exécuter. Si l'époux condamné à l'*Unterhaltspflicht* n'est pas en état de l'assurer, on y apporte des atténuations (art. 1579). L'obligation d'entretien est réduite au tiers. Si ce même époux possède un enfant mineur non marié ou si par suite de son remariage il doit subvenir aux frais de son nouveau ménage, l'obligation d'entretien se réduit au strict minimum (art. 1579). Cette dernière disposition ne fut introduite que dans le P. 3. L'homme est délivré vis-à-vis de la femme du devoir d'entretien lorsque les biens propres de celle-ci suffisent amplement à son existence (art. 1579-2°).

L'obligation d'entretien s'acquitte en une rente trimestrielle. Au lieu d'une rente, l'ayant droit peut, s'il y a motifs graves (expatriation, fondation d'une affaire, moins-value de biens, etc.), exiger un capital.

L'époux obligataire vient-il à mourir ou à se remarier, l'obligation d'entretien cesse pour l'obligé (art. 1604, Ents. O. B. 7, p. 110).

L'*Unterhaltspflicht* ne cesse pas avec la mort de l'obligé. Ses héritiers sont soumis aux prescriptions de l'article 1579. Toutefois l'ayant droit subit une réduction de la rente jusqu'à la moitié des revenus que l'obligé tirait de son patrimoine au moment du décès (art. 1582).

### C) RÉVOCATION DES DONATIONS (ART. 1584) (1)

Si l'un des époux est seul reconnu coupable, l'autre peut révoquer les donations qu'il lui avait faites pendant la période des fiançailles ou pendant le mariage (1584, alin. 1).

Sous le terme de donations on entend les donations entre vivants et celles pour cause de mort (art. 2301, 2<sup>o</sup> B. G. B., M. IV, p. 613). La révocation est exclue, lorsqu'une année s'est écoulée depuis que le jugement de divorce a acquis force de chose jugée ou lorsque, soit le donateur, soit le donataire est décédé (art. 1584, 2<sup>o</sup> ).

La culpabilité réciproque des deux conjoints leur enlève le droit de révocation pour cause de divorce. Tout au plus peuvent-ils fonder une demande en révocation de donation sur l'ingratitude.

Le droit de révocation est personnel, intransmissible. Un contrat entre époux qui prévoit la révocation d'une donation n'est pas touché par l'article 1584.

### D) CONSÉQUENCES DU DIVORCE SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS

Le droit à une succession tombe avec la dissolution du mariage les deux époux n'ayant plus aucun lien de parenté (M. IV, p. 610). Il ne devrait donc pas avoir lieu à d'autres remarques. Il faut cependant observer le cas où du temps de la mort du succédant, son mariage n'était pas encore dissous, la demande en divorce étant faite. Conformément à l'article 628 C. P. O., lorsqu'un époux meurt avant que le jugement soit entré en vigueur, c'est-à-dire ait force de chose jugée, l'instance est considérée comme n'ayant pas existé.

Pour les dernières volontés entre époux, la loi décide donc que le droit des successions s'applique (art. 2077, 2268, 2279).

### E) OBLIGATION D'ENTRETIEN DES ENFANTS (ART. 1585)

Le devoir d'entretien des parents divorcés envers les enfants communs nés de leur union est réglé par l'article 1585. Il impose

---

(1) ERLER, p. 147; MUSER, p. 166; WALTHER, p. 89.

au père et à la mère l'obligation de ne pas laisser leur progéniture dans l'abandon.

Lorsque l'époux divorcé doit, à cause de l'insuffisance du travail ou des revenus de l'autre époux, une contribution à l'entretien des enfants, cette contribution, si elle n'est pas couverte par les biens des effets, peut être cumulée avec l'obligation d'entretien des époux.

Ce devoir est indépendant de la déclaration faite dans le jugement de la culpabilité de l'un des époux. ou de ce que le divorce est accordé pour maladie mentale.

En principe, c'est le mari qui est tenu de subvenir à l'entretien de l'enfant commun. La femme est obligée toutefois de fournir à son mari, sur son patrimoine indépendant, des subsides pour contribuer aux frais de l'entretien de l'enfant si, d'une part les revenus du patrimoine et du travail sont insuffisants, et si, d'autre part le patrimoine de l'enfant dont le mari a la jouissance est insuffisant (art 1585, 1). Cette prétention du mari n'est pas transmissible ni cessible. Si le soin de la personne de l'enfant appartient à la femme et qu'il y ait lieu de craindre que l'entretien de l'enfant ne soit gravement compromis, la femme peut retenir la contribution pour l'employer elle-même à l'entretien de l'enfant.

L'obligation des parents de constituer une dot à leur fille n'existe pas.

#### F) OBLIGATION D'ÉDUCATION DES ENFANTS. GARDE DES ENFANTS

La règle que le divorce des parents n'a pas de conséquence vis-à-vis des enfants, est dans l'intérêt de ces derniers, mise de côté dans certains cas.

En principe, on confie la garde des enfants ainsi que leur éducation à celui des parents qui semble le plus digne. Aussi l'époux déclaré coupable perd-il le droit de surveiller les enfants.

Si les deux époux sont déclarés coupables, la garde des enfants de moins de six ans est confiée, s'il y a de grands enfants, au fils ou à la fille les plus âgés. Si l'enfant est unique, on peut le laisser à la mère, si son indignité n'est pas flagrante. Il y a là toute une série de décisions à prendre qui dépendent du juge.

Le tribunal des tutelles a la haute main sur toutes ces questions. Avant de prononcer son jugement, il doit convoquer le père, la mère et les autres parents. Contre les décisions du tribunal des tutelles, joue la réclamation administrative. Afin d'éviter une trop grande influence du tribunal des tutelles, le Landgericht, qui a prononcé le divorce, doit renseigner le tribunal des tutelles lorsque les enfants sont mineurs (art. 630 C. P. O.).

## § 2. — EFFETS GÉNÉRAUX DU DIVORCE (1)

### A) EFFETS CIVILS

1<sup>o</sup> *Perte du domicile pour la femme.* — La femme mariée partageant le domicile du mari (art. 10 B. G. B.), le perd par la dissolution du mariage.

2<sup>o</sup> *Fin de la communauté de vie.* — Avec le divorce la communauté de vie prend fin. Les deux époux ne sont plus tenus de participer aux charges de la vie commune et d'accomplir le devoir conjugal, d'être fidèles. Le droit de contrôle du mari sur la femme cesse ainsi que celui de protection (art. 1353 et 1358 B. G. B.). Les ex-conjoints peuvent se marier chacun de leur côté.

3<sup>o</sup> *Fin des rapports patrimoniaux* (art. 1421, 1471, 1474, 1446 B. G. B.). — Une liquidation des biens a lieu après la dissolution du mariage. Elle est identique pour les deux cas de dissolution, la mort et le divorce. Une seule exception existe en faveur de ce dernier dans l'article 1478. Si l'une des parties est considérée comme coupable, l'autre peut exiger que l'apport lui soit rendu complètement alors qu'il était tombé dans la communauté. Si la valeur des biens communs n'atteint que la moitié de cet apport, les deux époux partagent en deux parties égales la perte.

4<sup>o</sup> *Filiation légitime.* — Les enfants qui naissent pendant le

(1) MUSER, p. 175.

mariage ou pendant les 342 jours après le divorce sont légitimes. Après cette période ils sont illégitimes.-

5° *Puissance paternelle. Tutelle.* — Le divorce a une influence sur la tutelle.

Elle appartient en principe au père. Si le père a perdu la puissance paternelle elle passe à la mère sans considération de culpabilité. Si le père se voit enlever, après le divorce, la puissance paternelle pour démente ou condamnation aux travaux forcés, le tribunal des tutelles transporte également la puissance paternelle et la tutelle sur la tête de la mère.

Si une fille placée sous la puissance paternelle se marie, la tutelle paternelle se limite à une représentation dans le cas de nécessité (art. 1633). La tutelle appartient au mari.

6° *Légitimation et adoption.* — Pendant le mariage, un époux peut légitimer ou adopter un enfant. L'autorisation de l'autre époux est nécessaire. L'obligation de se munir de cette autorisation disparaît avec le divorce.

7° *Suppression de la pension alimentaire.* — Le paiement de la pension alimentaire, attribuée au cours de l'instance comme mesure provisoire à l'un des époux, cesse le jugement une fois rendu.

8° *Rapports de parenté.* — La parenté créée par le mariage ne subsiste qu'à l'égard des enfants.

#### B) EFFETS DE DROIT PUBLIC ET AUTRES EFFETS

En voici une liste à peu près complète que nous n'avons pas à développer, notre sujet étant de droit privé :

1° Le divorce agit sur l'élection de domicile;

2° La liberté de contracter en droit public est sujette à des restrictions;

3° La nationalité obéit à des règles de droit international privé;

4° La situation juridique des militaires et des marins est réglée de façon spéciale;

5° Le droit pénal sanctionne certains articles civils et organise le divorce des condamnés;

6° Des conséquences spéciales se produisent dans le C. P. O.

---

## CHAPITRE IV

### SUPPRESSION DE LA COMMUNAUTÉ DE VIE CONJUGALE

(*Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*)

---

#### A) Idée d'ensemble (Nature. Difficulté d'introduction dans le B. G. B.).

A côté du divorce le B. G. B., dans son titre VII et ses articles 1575-1576, 1586 et 1587, établit la suppression de communauté de vie conjugale qui équivaut à notre séparation de corps.

Une polémique s'est engagée entre auteurs allemands sur la nature de cette institution (Endeman, II, 165; Zacharise-Trane, III, p. 155). Les uns voient dans la cessation de communauté de vie conjugale une réédition à peine modifiée de la *separatio perpetua a thoro et mensa* du droit canonique, les autres une sorte de divorce avec un élément en moins : l'impossibilité du remariage pour les époux séparés.

Seckel (1) dans son étude, donne, à notre avis, la meilleure définition. La suppression de la communauté de vie conjugale dissout le mariage. Les liens qui unissent les époux sont dénoués. Un seul subsiste, ce qui leur permet de rétablir facilement la vie conjugale.

Nous avons entrevu dans le chapitre V, I<sup>re</sup> partie, § 4, les difficultés qui ont accompagné le maintien de la suppression de communauté de vie conjugale dans le B. G. B.

Il y avait là, en effet, une question de principe confessionnel qui mit aux prises les catholiques et les protestants.

Le premier projet donna à la suppression de communauté

---

(1) SECKEL, *Die Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft*.

conjugale — qu'il appelle la séparation de lit et de table — une place importante. Elle tenait dans le titre V un rang presque égal à celui du divorce. Zorn, Gieske et Bähr en furent vivement contrariés, et lors de la publication du projet en 1888 ils prononcèrent de longs réquisitoires où ils demandaient soit sa disparition, soit sa diminution d'importance.

Les membres de la deuxième Commission se trouvèrent cependant répartis en deux groupes irréductibles représentant les catholiques et les protestants.

Les catholiques réclamaient, dans un amendement que l'on ajouta à l'alinéa 1 de l'article 1440 P 1, la disposition suivante :

« Pour les époux catholiques, le divorce vaut suppression de vie commune. Il ne donne pas aux époux le droit pendant la vie de se remarier. »

L'auteur, soutenant cet alinéa avec les arguments repris aux Motifs, concluait :

« Il y a 17.500.000 catholiques en Allemagne, qui du jour au lendemain vont être obligés de renoncer à la séparation de corps pour demander le divorce. Est-ce possible? »

Cet amendement fut repoussé par 17 voix contre 3 et les protestants rayèrent par 15 voix contre 3 la séparation de corps du deuxième projet.

« La séparation de table et de lit est une source de discordes, disaient les partisans de sa suppression, plutôt qu'elle ne permet la réconciliation. N'y a-t-il pas dans ce moyen terme hypocrite des occasions sans nombre de frottements : garde des enfants, entretien des époux, intérêts pécuniaires, etc.? »

La question revint sur le tapis, dans les débats devant le Reichstag.

M. Buckha en première lecture réclama la résurrection de la séparation de lit et de table dans le texte définitif, et s'en remit à la Commission parlementaire d'en décider le rétablissement.

La *Reichstagskommission* écarta ce conseil et proposa deux amendements (art. 1557 *a* et 1557 *b*) qui organisent la suppression de vie commune conjugale.

La discussion fut très âpre autour d'eux. Les protestants ne

voulaient pas perdre l'avantage remporté devant la deuxième Commission.

Le chargé d'affaires bavarois intervint dans le débat pour appuyer de tout son poids les catholiques. Les divergences étaient nombreuses dans le sein de la Commission. Quatre thèses étaient en présence :

Il est inutile d'accepter ces amendements, disait une première. Il ne doit y avoir qu'une seule manière de dissoudre le mariage comme il n'y en a qu'une pour le créer.

Une deuxième théorie, moins absolue, acceptait un compromis où l'on tiendrait compte des croyances religieuses.

La troisième théorie, plus nette, réclamait le divorce pour les protestants, la séparation de corps pour les catholiques.

Enfin un quatrième système, à l'opposé du premier, voulait également imposer aux protestants la séparation de corps.

L'unité finit par se faire sur la deuxième thèse et la suppression de vie commune conjugale fut adoptée à côté du divorce.

En deuxième et troisième lecture cette solution fut ratifiée, malgré quelques oppositions.

#### B) Conditions.

Elles sont, à peu de chose près, celles du divorce. Les causes sont les mêmes. La suppression de la vie conjugale n'a lieu comme le divorce que par jugement. Elle entre en vigueur lorsque le jugement est passé en force de chose jugée.

Le droit de demander la suppression de la communauté de vie conjugale s'éteint comme le droit de divorce par le pardon et par les délais de prescription.

Les faits sur lesquels est basée une demande en suppression de communauté de vie conjugale peuvent servir à une autre demande de suppression de communauté établie sur d'autres faits.

On inscrit dans le jugement de suppression de communauté le nom de la partie coupable. L'époux qui fait une demande en divorce peut intenter, à son choix, soit une action en divorce, soit une action en séparation.

Il peut le faire à n'importe quel instant de la procédure sans le consentement de l'autre partie.

Le jugement de séparation peut être transformé en divorce à tout moment par le juge sur la demande d'un des époux (art. 1576). Il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1770, c'est-à-dire que les fins de non-recevoir ne jouent pas. Si le divorce est prononcé, l'époux déclaré coupable par le jugement de suppression de communauté conjugale, doit aussi l'être dans le jugement de divorce (Voir Code civil allemand annoté, p. 408, note 9).

**C) Effets de la suppression de vie conjugale commune.**

L'article 1586 détermine les effets de la séparation. Ils sont les mêmes que ceux du divorce.

Il n'y a qu'une seule exception qui se rattache à la nature même de la suppression de communauté de vie conjugale. C'est l'impossibilité de contracter un nouveau mariage.

Les dispositions relatives à la nullité et à l'annulabilité du mariage trouvent leur application comme si le jugement n'était pas intervenu.

**D) Disparition de la suppression de la communauté de vie conjugale.**

L'article 1587 règle la disparition de la suppression de la communauté de vie conjugale.

Deux situations se présentent. Ou les parties se réconcilient ou elles divorcent.

Si elles se réconcilient, la vie conjugale commune reprend sans jugement. Mention doit être faite du rétablissement de la vie commune sur le registre du mariage en marge de l'inscription (art. 15, 6 février 1875; art. 46, loi d'introduction).

Chacun des époux conserve, après le rétablissement de la vie conjugale commune, le droit d'intenter une action soit en divorce, soit en suppression de la communauté de vie conjugale, sur des causes postérieures au rétablissement. Le mariage produit à nouveau tous ses effets.

Si les époux ne se réconcilient pas, le divorce est prononcé sur leur demande et toutes les dispositions de la théorie légale du divorce leur sont applicables.

## CHAPITRE V

### LE DIVORCE ET LA SÉPARATION DE CORPS EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ALLEMAND (1)

---

Avant la loi d'introduction au Code civil allemand de 1900, le principe adopté en matière de divorce international était, en Allemagne, la loi du domicile et la loi territoriale.

Il résultait des articles 13 et 568 du C. P. O. de 1869 que la compétence des tribunaux allemands entre époux étrangers n'était pas douteuse lorsque le mari avait son domicile en Allemagne.

La loi d'Empire du 6 février 1875, qui établissait le divorce, laissait aux tribunaux des différents États la possibilité de déterminer les causes selon la loi du domicile actuel du mari, mais lorsque le mariage avait été célébré dans un État qui n'admettait pas les mêmes causes de divorce (R. G., *Journal de D. I. privé*, Clunet, 1884, p. 307).

Ce système s'étendait aux étrangers. Les tribunaux allemands prononçaient le divorce entre étrangers domiciliés en Allemagne sans se soucier de savoir si leur loi nationale admettait ou non le divorce ou si elle l'admettait pour les mêmes causes que la loi du domicile.

Il en résultait que les époux divorcés pouvaient se remarier en Allemagne. La conséquence la plus grave était que leur pays d'origine les considérait comme bigames. Ce système fut

---

(1) Lire sur les hésitations qui ont accompagné la confection des règles juridiques destinées à trancher le conflit des lois étrangères en Allemagne, la préface aux articles 7 à 31 de la loi d'introduction du Code civil allemand (C. civ. annoté, IV, p. 8). Lire également sous l'article 17 dans le Code annoté, la remarquable note qui commente cet article, développant notre chapitre V qui ne figure dans notre travail qu'à titre d'indication (Code annoté, IV, p. 75).

attaqué par la doctrine (Von BAR, *Theorie u. Praxis des inter. Privatrechts*, 2<sup>e</sup> éd. B. 1873, p. 482).

Le divorce et la séparation de corps entre Allemands prononcés par des tribunaux étrangers d'après la loi du domicile n'étaient pas valables dans toute l'Allemagne. Il semble que les jugements étaient exécutés en Allemagne sous conditions qu'ils seraient rendus par un tribunal compétent d'après le droit allemand et si la réciprocité était accordée. Cette règle n'était pas appliquée avec régularité et sur toute l'étendue du territoire allemand. Ainsi des tribunaux prussiens accordaient l'exequatur alors que des tribunaux badois le refusaient à des décisions étrangères (Centner, p. 206).

L'article 17 de l'*Einführungsgesetz zum B. G. B.* a réformé ces pratiques vicieuses.

D'après cet article, le divorce est régi par les lois de l'État dont le mari est ressortissant au moment de l'introduction de la demande.

Le fait qui s'est produit à une époque où le mari appartenait à un autre État ne peut être invoqué comme un motif de divorce, qu'autant qu'il constitue d'après la loi de cet État une cause de divorce ou de séparation.

Si le mari, au moment de l'introduction de la demande, a perdu la nationalité, mais que la femme l'a conservée, les lois allemandes reçoivent application.

Il ne peut être prononcé en Allemagne en vertu d'une loi étrangère, soit un divorce, soit une cessation de la vie commune, que si le divorce est recevable tant d'après la loi étrangère que d'après la loi allemande.

Les alinéas 1 et 2 de l'article 17, posant les règles de conflit générales, s'appliquent aussi bien aux étrangers qu'aux Allemands. L'alinéa 3 contient une disposition spéciale à caractère unilatéral, en faveur de l'application de la loi allemande.

L'alinéa 4, enfin, formule un principe extensif de la compétence du droit allemand pour le cas où les tribunaux ont à connaître d'un divorce entre époux étrangers.

D'après leur but même les deux derniers alinéas ne sont pas susceptibles de recevoir une application correspondante en faveur des lois étrangères.

## CONCLUSION

---

En substance, le droit allemand du divorce et de la séparation de corps ne diffère du droit français que sur quatre points : 1<sup>o</sup> la démence est acceptée comme cause de divorce; 2<sup>o</sup> la séparation de corps temporaire peut durer indéfiniment si un des époux ne demande pas sa transformation en divorce, alors que notre article 310 du Code civil nouveau, la transforme automatiquement en divorce au bout de trois ans; 3<sup>o</sup> la femme divorcée conserve le nom de son mari sous certaines conditions, alors qu'en France elle reprend légalement son nom de jeune fille; 4<sup>o</sup> enfin le divorce est déclaré valable aussitôt le jugement prononcé, sans en attendre la transcription sur les registres de l'état civil comme dans notre droit.

Nous ne concluons pas sur l'utilité ou non du divorce en Allemagne. C'est une question de haute envergure, qui nous dépasse et rejoint la philosophie du droit. Pourrions-nous d'ailleurs prendre sérieusement parti entre deux thèses qui, depuis des siècles, ont été défendues avec un égal talent par des partisans éclairés qui se décidaient selon leurs convictions politiques, religieuses ou sociales?

Nous regrettons seulement de n'avoir pas approfondi un sujet qui méritait au moins le quadruple de développement. Si nous avions poursuivi dans une ambiance allemande et dans une bibliothèque allemande la recherche de nos sources, nous aurions certainement obtenu de meilleurs résultats et cela dans un laps de temps inférieur de beaucoup à celui que nous avons employé à réunir à Paris, notre documentation.

Combien de fois nous sommes-nous comparé à un paysan qui retournerait son champ avec sa bêche, alors qu'il pourrait utiliser une machine moderne et rapide?

Nous nous serions facilement consolé de ces inconvénients, si nous n'avions depuis longtemps constaté le vice d'un système qui consiste à ne pas favoriser les voyages de la jeunesse française à l'étranger.

Nous n'insisterons pas sur ce point, craignant de sortir de notre sujet pour exposer une thèse qui nous tient particulièrement à cœur.

Qu'il nous suffise de prévoir que dans quelques années la France possédera une élite dirigeante semblable à celle d'avant guerre, qui malgré sa supériorité sur celle des autres pays, sera seulement capable d'ouvrir de grands yeux étonnés, devant l'univers à nouveau bouleversé.

Vu :

*Le Président de la Thèse,*  
HENRI LÉVY-ULLMANN.

Vu :

*Le Doyen,*  
H. BERTHELEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER.

*Le Recteur de l'Académie de Paris.*

P. APPEL

---



## APPENDICE I

### STATISTIQUE COMPARÉE DES DIVORCES EN ALLEMAGNE ET EN FRANCE (1)

TABLEAU A. — Fréquence des divorces par rapport à la population.

| PAYS ET PÉRIODES   | NOMBRE ANNUEL MOYEN |                                   | NOUVEAUX DIVORCÉS<br>pour 1 million<br>d'habitants |
|--------------------|---------------------|-----------------------------------|----------------------------------------------------|
|                    | des<br>divorces     | des<br>habitants<br>(en milliers) |                                                    |
| EMPIRE ALLEMAND :  |                     |                                   |                                                    |
| 1881-1885. . . . . | 5.401               | 46.039                            | 234                                                |
| 1886-1890. . . . . | 6.346               | 48.176                            | 264                                                |
| 1891-1895. . . . . | 7.142               | 50.825                            | 282                                                |
| 1896-1900. . . . . | 8.741               | 54.404                            | 322                                                |
| 1901-1905. . . . . | 9.809               | 58.612                            | 334                                                |
| 1906-1910. . . . . | 13.460              | 62.863                            | 428                                                |
| FRANCE :           |                     |                                   |                                                    |
| 1884-1885. . . . . | 1.177               | 38.060                            | 62                                                 |
| 1886-1890. . . . . | 4.307               | 38.306                            | 225                                                |
| 1891-1895. . . . . | 6.176               | 38.394                            | 322                                                |
| 1896-1900. . . . . | 7.217               | 38.772                            | 372                                                |
| 1901-1905. . . . . | 8.994               | 39.126                            | 459                                                |
| 1906-1910. . . . . | 11.719              | 39.376                            | 595                                                |

(1) Ces statistiques sont extraites du chapitre III du 2<sup>e</sup> volume de la *Statistique internationale du Mouvement de la population*, Paris, 1913. Statistique générale de la France. Ministère du Travail et de la Prévoyance sociale. Elles sont accompagnées d'intéressants commentaires (pages 15 à 58) sur la façon dont ont été dressées ces statistiques. On y trouvera également une indication des études antérieures statistiques des divorces, un aperçu de la législation du divorce dans les divers pays, et les avertissements nécessaires pour bien les comprendre.

TABLEAU B.

### Fréquence des divorces par rapport au nombre de couples mariés.

| PAYS ET PÉRIODES          | NOMBRE                              |                             | PROPORTION<br>des divorces<br>pour<br>100.000 couples<br>mariés |
|---------------------------|-------------------------------------|-----------------------------|-----------------------------------------------------------------|
|                           | de couples mariés<br>au recensement | annuel moyen<br>de divorces |                                                                 |
| EMPIRE ALLEMAND . . . . . |                                     |                             |                                                                 |
| 1886-1895. . . . .        | 8.385.547                           | 6.744                       | 80                                                              |
| 1896-1905. . . . .        | 9.796.439                           | 9.276                       | 95                                                              |
| FRANCE :                  |                                     |                             |                                                                 |
| 1886-1895. . . . .        | 7.648.487                           | 5.242                       | 69                                                              |
| 1896-1905. . . . .        | 7.887.141                           | 8.106                       | 103                                                             |

TABLEAU C.

### Durée des mariages dissous par le divorce.

| PAYS ET PÉRIODES  | NOMBRE DE DIVORCES  |                 |                 |                   |                   |                   |                      |          | Total<br>des<br>divorces | durée<br>moyenne |
|-------------------|---------------------|-----------------|-----------------|-------------------|-------------------|-------------------|----------------------|----------|--------------------------|------------------|
|                   | de moins<br>de 4 an | de 4<br>à 4 ans | de 5<br>à 9 ans | de 10<br>à 14 ans | de 15<br>à 19 ans | de 20<br>à 24 ans | de 25 ans<br>et plus | Inconnus |                          |                  |
| PRUSSE :          |                     |                 |                 |                   |                   |                   |                      |          |                          |                  |
| 1906-1910 . . . . | 49                  | 1.859           | 2.693           | 1.840             | 1.070             | 549               | 381                  | "        | 8.441                    | 10,9             |
| FRANCE :          |                     |                 |                 |                   |                   |                   |                      |          |                          |                  |
| 1886-1890 . . . . | 117                 | 467             | 1.141           | 1.047             | 720               | 430               | 385                  | "        | 4.307                    | 12,10            |
| 1891-1895 . . . . | 239                 | 817             | 1.999           | 1.479             | 951               | 515               | 376                  | "        | 6.176                    | 11,9             |
| 1896-1900 . . . . | 230                 | 958             | 2.250           | 1.706             | 1.056             | 585               | 432                  | "        | 7.247                    | 11,8             |
| 1901-1905 . . . . | 305                 | 1.371           | 2.817           | 2.089             | 1.216             | 685               | 511                  | "        | 8.994                    | 11,4             |
| 1906-1910 . . . . | 216                 | 1.631           | 3.503           | 2.764             | 1.647             | 902               | 798                  | 498      | 11.719                   | 11,10            |

TABLEAU D. — Différence d'âge des époux divorcés.

| PAYS ET PÉRIODES    | NOMBRE DE DIVORCES PRONONCÉS |                               |                         |                          |        | Sur 100.000 divorces<br>nombre de ceux<br>dans lesquels l'époux est |                               |                            |
|---------------------|------------------------------|-------------------------------|-------------------------|--------------------------|--------|---------------------------------------------------------------------|-------------------------------|----------------------------|
|                     | l'épouse étant               |                               |                         | différences<br>inconnues | Totaux |                                                                     |                               |                            |
|                     | moins âgé<br>que l'époux     | du même<br>âge que<br>l'époux | plus âgé<br>que l'époux |                          |        | moins âgé<br>que<br>l'époux                                         | du même<br>âge que<br>l'époux | plus âgé<br>que<br>l'époux |
| PRUSSE :            |                              |                               |                         |                          |        |                                                                     |                               |                            |
| 1906-1910 . . . . . | 6.223                        | »                             | 2.212                   | 6                        | 84,41  | 73,8                                                                | »                             | 26,2                       |
| FRANCE :            |                              |                               |                         |                          |        |                                                                     |                               |                            |
| 1907-1910 . . . . . | 10.068                       | »                             | 1.938                   | »                        | 120,06 | 83,9                                                                | »                             | 16,1                       |

TABLEAU E. — Nombre annuel de divorces

| ANNÉES         | FRANCE | ALLEMAGNE | ANNÉES           | FRANCE     | ALLEMAGNE |
|----------------|--------|-----------|------------------|------------|-----------|
| 1881 . . . . . | —      | 3.942     | 1902 . . . . .   | 8.431      | 9.069     |
| 1882 . . . . . | —      | 5.263     | 1903 . . . . .   | 8.919      | 9.933     |
| 1883 . . . . . | —      | 5.686     | 1904 . . . . .   | 9.860      | 10.868    |
| 1884 . . . . . | 1.657  | 5.952     | 1905 . . . . .   | 10.019     | 11.215    |
| 1885 . . . . . | 4.227  | 6.161     | 1906 . . . . .   | 10.573     | 12.180    |
| 1886 . . . . . | 2.950  | 6.078     | 1907 . . . . .   | 10.818     | 12.489    |
| 1887 . . . . . | 3.636  | 6.357     | 1908 . . . . .   | 11.461     | 13.226    |
| 1888 . . . . . | 4.708  | 6.618     | 1909 . . . . .   | 12.770     | 14.496    |
| 1889 . . . . . | 4.786  | 6.457     | 1910 . . . . .   | 12.975     | 14.911    |
| 1890 . . . . . | 5.457  | 6.220     | 1911 (1) . . . . | 14.532     | 15.780    |
| 1891 . . . . . | 5.752  | 6.677     | 1912 . . . . .   | ?          | 16.911    |
| 1892 . . . . . | 5.772  | 6.513     | 1913 . . . . .   | 15.076     | 17.835    |
| 1893 . . . . . | 6.184  | 6.694     | 1914 (2) . . . . | 12.344     | 17.740    |
| 1894 . . . . . | 6.419  | 7.502     | 1915 . . . . .   | 2.000      | 10.791    |
| 1895 . . . . . | 6.751  | 8.326     | 1916 . . . . .   | 4.900      | 10.494    |
| 1896 . . . . . | 7.051  | 8.460     | 1917 . . . . .   | 8.900      | 11.603    |
| 1897 . . . . . | 7.460  | 8.878     | 1918 . . . . .   | 9.800      | 13.344    |
| 1898 . . . . . | 7.238  | 9.008     | 1919 . . . . .   | ?          | 22.022    |
| 1899 . . . . . | 7.179  | 9.433     | 1920 . . . . .   | 29.156 (3) | ?         |
| 1900 . . . . . | 7.157  | 7.928     | 1921 . . . . .   | 32.000     | ?         |
| 1901 . . . . . | 7.741  | 7.964     |                  |            |           |

(1) De 1911 à 1920, les chiffres statistiques sont extraits de l'*Annuaire statistique de la France* et du *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich*.

(2) De 1914 à 1918, les chiffres donnés pour la France correspondent seulement à laotalisation de 77 départements.

(3) La France entière y compris l'Alsace et la Lorraine.



## APPENDICE II

### MORCEAUX CHOISIS DES TRAVAUX PRÉPARATOIRES AU B. G. B. CONCERNANT LA MATIÈRE DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS

*(Traduction libre et résumée)*

#### A) MOTIFS

##### INTRODUCTION

##### I — LE DIVORCE EN GÉNÉRAL

Les croyances chrétiennes de l'ensemble du peuple allemand imposaient au projet un droit matrimonial qui respectait l'idée que le mariage n'est dissous que par la mort. Le principe de la liberté individuelle ne peut en effet régner en pareille matière... Cependant il y a des cas où l'État doit tenir compte des nécessités de la vie. Lorsque le lien de droit créé entre les deux époux est atteint, il faut pouvoir, dans l'intérêt de la société et des bonnes mœurs, dissoudre une communauté qui a disparu en fait. L'Église catholique n'a-t-elle pas d'ailleurs adopté cette conception en autorisant, dans le cas d'adultère, la partie innocente à demander pour toute l'existence et cela sans conditions, la séparation de lit et de table? Il est à remarquer que cette séparation réduit le caractère indissoluble du mariage à une simple question de forme. La séparation de lit et de table ne diffère, en effet, pratiquement de la dissolution absolue du lien matrimonial que par l'interdiction faite aux époux de se remarier aussi longtemps que l'un d'eux demeure vivant. Les avantages d'un pareil système disparaissent rapidement si l'on réfléchit aux exigences de la vie. L'interdiction des secondes noces engendre de graves troubles dont le foyer, l'éducation des enfants et les bonnes mœurs ont à souffrir : n'y a-t-il pas quelque chose de cruel à voir l'époux innocent, empêché de convoler en justes noces par la faute de l'époux coupable qui a piétiné les devoirs matrimoniaux et rendu la vie commune intolérable?

Au point de vue d'un code civil bourgeois, l'institution de la

séparation perpétuelle de lit et de table ne mérite donc pas approbation. Tout au plus peut-il être question de combiner le divorce avec des dispositions analogues à celles des articles 306 à 310 du Code civil français, qui traitent de la séparation de corps (La loi du 27 juillet 1884 n'a pas apporté en France de grands changements à cette séparation). Il conviendrait aussi de s'inspirer du droit commun badois qui laisse au demandeur le choix entre la séparation de lit et de corps et le divorce. Il ne faudrait pas oublier non plus les dispositions de l'article 77 de la loi du 6 février 1875 sur l'état des personnes et les choses du mariage.

## II — RÈGLES A SUIVRE POUR RÉGLEMENTER LE DROIT DU DIVORCE

Étant donné que le mariage, dans son esprit et sa nature, est indissoluble, le divorce est anormal, il faut donc ne pas le favoriser. Les abords de la dissolution du mariage doivent être rendus difficiles et les causes admises doivent être sérieuses. Le mariage ne doit pas ressembler ni se rapprocher du concubinat. La situation morale de la femme, la bonne santé de la société, l'éducation des enfants en dépendent par trop.

Le législateur doit cependant tenir compte des besoins sociaux. Le mariage est un rapport de droit. Son caractère met l'État dans l'obligation de protéger l'époux au cas où l'autre viole la foi conjugale. Le divorce seul peut assurer une pareille protection.

*Droit existant.* — (Nous n'avons pas à nous arrêter ici, la question ayant été traitée dans le corps de l'ouvrage et se retrouvant plus loin dans le *Denkschrift zum Entwurf*, p. 108).

*Principe de faute.* — En accord avec les pratiques jurisprudentielles nouvelles du droit commun protestant et les projets de réforme prussiens sur le divorce de 1844, 1854, 1856, 1859 et 1860, le projet actuel n'admet le divorce que lorsqu'il y a une faute grave de la part d'un des époux.

En conséquence, les causes de divorce suivantes sont écartées par le projet de B. G. B.

1° *Le divorce par consentement mutuel.* — Il ne faut pas nier qu'en faveur de l'admission du divorce par consentement mutuel, notamment dans sa forme du Code Napoléon et du droit commun badois, d'importants arguments ne peuvent être présentés.

En principe, dit-on, le consentement mutuel n'est qu'un moyen de dissoudre un mariage virtuellement devenu intolérable. L'intention de mettre entre les mains des époux la possibilité de divorcer par accord tacite ou effectif, est éloignée de l'esprit de la loi. La législation s'efforce plutôt de donner aux époux le moyen de divorcer sans dévoiler le vrai motif du divorce qu'ils désirent tenir cachés (Exemple d'un adultère que les époux désirent garder secret, pour éviter le scandale).

Le projet n'a pas suivi cette thèse pour la raison indiquée plus haut, à savoir que le principe de la faute n'est pas respecté.

2<sup>e</sup> *Dégoût insurmontable*. — Cette cause est aussi inconciliable avec l'esprit du mariage. Son plus grave inconvénient est de confier au juge l'appréciation d'un fait dont la preuve est difficile et délicate. L'admission du divorce pour dégoût insurmontable de la part d'un époux ne doit donc pas être prise en considération. Cette conception du projet du B. G. B. est semblable à celle des projets de réforme prussiens sur le droit du divorce.

Les travaux préparatoires de ces projets prussiens ont constaté l'accord de la Chambre des Seigneurs et de la Chambre des Députés. L'une et l'autre ont approuvé ce point de vue, expliquant leur désir de voir éliminer cette cause de divorce par des exposés oraux où dominent les idées présentées ici.

3<sup>e</sup> *Infirmités*. — L'A. L. R. ainsi que plusieurs législations allemandes admettaient la validité comme cause de divorce pour certaines infirmités ou maladies incurables, quoiqu'il n'y eût aucune faute de la part de l'époux malade. Les projets prussiens de réforme du divorce, sous l'influence des Chambres, mirent cette cause de divorce de côté. L'article 1742 du Code saxon qui déclare que la femme peut demander le divorce après enquête médicale pour une infirmité, ne mérite pas d'être suivi par le projet actuel du Code civil. Seules pourraient être prises en considération les infirmités provenant de la faute d'un des époux. Elles constitueraient une injure grave conformément aux dispositions de l'article 1444 du présent projet.

4<sup>e</sup> *Maladie mentale*. — Bien plus sujette à controverse est la question de la maladie mentale comme cause de divorce. La maladie mentale est en effet admise dans certaines régions avec plus ou moins de réserves. Il est à noter que la démence est reconnue par des législations d'État qui laissent de côté les infirmités comme causes de divorce. Enfin le seigneur dans les territoires où s'exerce son droit de prononcer le divorce par rescrit, reconnaît la maladie mentale comme cause de divorce.

Le point de vue des projets de réforme prussiens sur le divorce a varié à plusieurs reprises sur ce sujet. Alors que les projets de 1854 et 1856 écartaient la démence, ceux de 1859 et 1860 l'admettaient sous l'influence de la Chambre des Seigneurs et de la Chambre des Députés.

Il ne faut pas méconnaître les réalités de la vie, les inconvénients sociaux et les dangers qui menacent les bonnes mœurs et les enfants du fait qu'un nouveau mariage est impossible pour un époux demeuré sain marié à un conjoint devenu fou. Ce sont là des arguments de valeur, mais ils n'en ont pas assez pour amener le projet à faire exception au principe de la faute. Même si on ajoutait à l'argumentation des réflexions d'ordre éthique appuyées sur la nature du mariage, il n'en demeurerait pas moins vrai que, malgré l'obligation

d'entretien de l'époux malade par l'époux bien portant, le dément serait abandonné à l'époque de sa vie où il est le plus intéressant.

De plus, de grandes divergences existent sur les conditions de forme et de fond qu'il faut établir pour assurer plus de garanties autour de cette cause de divorce.

Quelles que soient les précautions prises, elles sont trop incertaines. De plus elles sont empreintes de trop de rigueur envers l'époux devenu dément. Ces considérations s'appliquent aussi au cas où l'on a fait dépendre la démence d'un séjour de l'époux malade dans un asile d'aliénés. Il est enfin à craindre que l'admission de la démence comme cause de divorce ne facilite l'introduction de certaines maladies incurables comme motifs de divorce. Par exemple, les maladies qu'un époux contracte au cours du mariage et qui l'empêchent de remplir ses devoirs conjugaux.

Vues ces raisons, il ne paraît donc pas souhaitable d'introduire la démence comme cause de divorce dans les régions qui ne l'ont pas et de la maintenir dans celles qui l'ont.

3<sup>o</sup> *Changement de religion.* — Certaines législations d'État admettent; tantôt très largement, tantôt de façon plus étroite, le changement de religion d'un époux comme cause de divorce (A. L. R., II, 750. — Loi de Souabe. — Ordonnance wurtembergeoise sur le divorce. — Code saxon, art. 1744, etc...). L'A. L. R. a justifié son point de vue par ce fait que le changement de religion est une cause de discorde. Le projet ne peut suivre cette idée. La paix conjugale ne saurait anéantir le respect dû au principe de la liberté de conscience.

Le projet de réforme prussien de 1854 sur le divorce avait décidé que le changement de religion comme cause de divorce serait mis de côté. Les rédacteurs justifiaient cette suppression en disant que dans la pratique on donnait la possibilité aux époux de frauder la loi en autorisant une telle cause de divorce. Rien n'était plus facile en effet que de changer de religion pour chercher à divorcer si l'on ne désirait ou ne pouvait invoquer une autre cause. Le première Chambre des Seigneurs décida le maintien de cette cause de divorce.

Les autres projets de réforme se placèrent sur le même terrain que cette décision.

### III — DIVISION EN CAUSES ABSOLUES ET RELATIVES

Le projet de Code établit d'une part les causes absolues, d'autre part les causes relatives.

Les causes absolues sont celles qui permettent sans hésitation d'accorder le divorce en raison de la culpabilité éclatante de l'auteur. Ce sont dans le projet : l'adultère, l'attentat à la vie, l'abandon malicieux.

Les causes relatives sont celles qui réclament une enquête du juge, afin qu'il puisse découvrir la culpabilité de l'un des époux ou des deux conjoints.

Cette décision a de l'importance au point de vue du jugement qui déclare qu'il y a divorce ou séparation temporaire de lit et de table.

Vis-à-vis des législations existantes cette règle est nouvelle. Elle se rattache au principe de la culpabilité.

Les causes absolues ou péremptoires sont déterminées par la législation.

Les causes relatives, concrètes sont indéterminées. Elles sont englobées dans une *clausula generalis*.

#### IV — DROIT DU SEIGNEUR DE PRONONCER LE DIVORCE PAR RESCRIPT (Voir p. 20 et 21).

#### V — SÉPARATION DE LIT ET DE TABLE

D'après le droit canonique la pratique établit à la place du divorce, afin de le remplacer dans la mesure du possible, une séparation de lit et de table pour un temps déterminé et indéterminé.

En principe ce n'est seulement que pour un délai déterminé.

Après l'écoulement du délai de séparation fixé par la sentence qui consacrait la séparation de vie commune, il peut être procédé à un renouvellement de la séparation que le juge accorde s'il y a de nouvelles raisons. Dans certains territoires, la pratique quand la séparation n'empêche pas le divorce, impose au tribunal la préoccupation de rechercher si le mariage a été détruit véritablement. La loi wurtembergeoise du 8 août 1875 se place sur ce terrain. Dans le Curhesse, on avait pris l'habitude après l'écoulement du délai de prononcer le divorce sans plaidoiries. Cette coutume n'a cependant pas été confirmée par le Tribunal d'Empire (*Ents. R. G. in Civilsachen*, VI, p. 112).

L'institution en droit commun de la séparation temporaire de table et de lit a pour but d'abord de protéger l'époux et de remplacer le divorce dans certains cas où il n'est pas autorisé.

Un autre groupe de législations connaît une séparation temporaire des époux, mais dans un sens opposé. Elle est employée comme mesure provisoire pour les causes relatives sur interprétation du juge.

L'attitude des projets prussiens de réforme a varié. Les derniers projets de 1859 et 1864 n'ont pas pris la séparation de table et de lit dans le sens que nous venons d'indiquer.

Le projet dans son article 1440 limite la séparation de corps en dehors de son admission comme mesures provisoires aux cas de l'article 1444, c'est-à-dire aux causes relatives de divorce. La séparation temporaire joue ici un rôle de protection.

Il ne faut pas méconnaître que dans les cas admis de divorce, outre

certain faits capitaux, il y en a qui sont de graves dissentiments ne mettant pas pour toujours en péril la tranquillité du foyer. La séparation temporaire de lit et de table peut être pour ceux-là utilisée. Les raisons qui sont invoquées contre cette institution sont donc à écarter.

L'extension de cette règle nous amène à dire que le mariage ne doit être dissous par le divorce que pour des motifs très graves. L'admission de la séparation de corps pour les cas où la vie commune est empêchée par la santé et d'autres raisons laissées à l'appréciation du juge doit être approuvée.)

D'après le droit matrimonial protestant le Code saxon (art. 1752) détermine que, dans tous les cas où les époux peuvent demander le divorce, ils sont à même de préférer la séparation de lit et de corps.

Le projet en dehors de la séparation de lit et de table comme mesure provisoire autorise cette séparation pour les causes relatives.

Comme mesure provisoire la séparation sera discutée et traitée avec les articles 1444 et 1462.

## DISCUSSION SUR ARTICLE

### Article 1440.

Les fondements sur lesquels le projet établit l'institution du divorce permettent non pas la séparation perpétuelle de lit et de table, mais la séparation temporaire de lit et de table dans les cas que l'article 1444 désigne.

L'article 1440-3 se base sur la jurisprudence. Cette séparation n'a pas lieu de plein droit, mais doit être obtenue par jugement. L'article 1440-3 s'applique aux habitants de l'intérieur comme aux étrangers.

L'article 1440-1<sup>o</sup> établit que le mariage avant la mort ne peut être dissout que par un jugement d'un tribunal. Il s'oppose donc, d'une part, à l'admission d'un divorce privé et, d'autre part, à la règle de droit français d'après laquelle le divorce n'est pas prononcé par jugement judiciaire, mais seulement lorsqu'il y a transcription de ce jugement (art. 264-266 Code civil). En Bade, Alsace, Lorraine comme en Bavière et dans la partie hessoise, soumise au droit français, où l'on a déjà laissé de côté cette formalité. On l'a remplacée par les dispositions de l'A. L. R. qui proclame le jugement judiciaire suffisant (A. L. R. II, 1, art. 668, 731-732, ordonnance d'Altenbourg, art. 163; loi de Souabe, art. 1, 24; Code saxon, art. 1712-1714).

Ce point de vue est celui admis par l'article 55 de la loi d'Empire sur l'état civil des personnes du 6 février 1875, même lorsqu'elle exige pour certains pays que la déclaration de divorce ou de séparation de corps soit faite à l'officier de l'état civil.

L'article 1440-2 n'admet le divorce que dans les cas où l'époux est déclaré fautif d'après les motifs énumérés dans les articles 1441 à 1445. Toutes autres causes (consentement mutuel, infirmités, changements de religion) ainsi que le divorce par rescrit du souverain sont interdits.

#### **Article 1443. — Abandon malicieux.**

Alors que le droit canonique accorde la séparation temporaire de lit et de table pour l'abandon malicieux, le droit protestant et de nombreuses législations nouvelles accordent le divorce. De nombreuses modalités concernant les différents textes relatifs à l'abandon malicieux (A. L. R. II. 1, art. 679; loi de Gotha, art. 85; loi de Souabe, art. 2-5; loi de Francfort, art. 15; Code saxon, art. 1731; Code civil français) ne traitent pas de l'abandon malicieux comme d'une cause absolue de divorce. La jurisprudence a pallié à cette lacune, en interprétant le terme injure grave de l'article 231. Le Landrecht badois (art. 232) a établi l'abandon de trois ans comme cause absolue de divorce. Les projets de réforme prussiens du divorce ont également conservé l'abandon malicieux comme cause absolue de divorce et trouvé l'approbation des deux Chambres du Landtag.

Le droit commun protestant distingue deux nuances dans l'abandon malicieux selon que la résidence de l'époux fugitif est connue ou non du juge qui doit l'atteindre. Dans le cas de quasi-désertion (lorsque le juge peut toucher le fugitif), le divorce pour abandon malicieux n'est possible que lorsque les sommations faites à l'époux coupable de reprendre la vie commune, restent sans résultats.

Certaines législations se placent sur le terrain du droit protestant. Ce sont les suivantes : loi d'Altenbourg, article 208; Code saxon, article 1731; loi de Gotha, article 101, 109; loi d'introduction, du C. P. O. de Neuss du 3 mars 1879. La loi d'introduction du C. P. O. allemand n'a pas touché ces dispositions.

Des législations récentes se sont bornées, dans certains cas où le séjour de l'époux fugitif est connu et où le conjoint peut être atteint, à déterminer que les sommations judiciaires de retour au domicile conjugal étaient suffisantes pour permettre le divorce (A. L. R., art. 679; loi prussienne de Hanovre, 1<sup>er</sup> mars 1869, art. 35; loi de Souabe, art. 2; etc.).

La loi wurtembergeoise du 8 août 1875 (art. 7) adopte un moyen terme. Elle déclare qu'un an après la déclaration de chose jugée du jugement, ordonnant la reprise de vie commune si l'époux fugitif n'obtempère pas, l'autre époux peut demander le divorce pour quasi-désertion.

Le projet adopte les idées suivantes :

1<sup>o</sup> Pour la quasi-désertion. Le projet s'inspire du droit commun protestant et des droits existants, en ce qu'il fait dépendre de la

condamnation à la reprise de vie commune, la demande en divorce.

2<sup>o</sup> Pour la désertion proprement dite.

L'article 1443-3 détermine la désertion par le fait de l'époux fugitif de ne pouvoir être atteint par les sommations officielles et de s'être retiré en lieu inconnu. Un jugement dans ce cas est inutile, et cela est en accord avec les droits existants. Exiger un jugement de reprise de vie commune serait en effet sans intérêt pratique, puisque l'incertitude est complète. Il vaut mieux dans le procès de divorce ordonner à l'époux demandeur de faire la preuve de l'intention malicieuse de l'époux fugitif et demander à lui époux innocent la preuve qu'il a attendu le délai obligatoire d'un an, pour indiquer qu'il n'est pas responsable de la fuite.

L'intention malicieuse pendant toute la durée du délai d'un an doit être prouvée (A. L. R., 1, art. 688; loi de Gotha, art. 55, 87, 192, 193; loi de Souabe art. 2, 11).

#### Article 1444.

Les causes que le projet a déterminées en dehors de celles des articles 1441 à 1443 sont seulement des causes relatives. Le principe qui a fait adopter ce système a été exposé dans l'introduction (M. p. 572).

L'adultère comme cause absolue est le principal motif de divorce et de séparation de corps reconnu par tous les droits. L'abandon malicieux est également reconnu à peu près par toutes les législations comme cause absolue. Mais ce sont des nécessités pratiques qui ont amené les droits divers à établir ces causes; ce n'est pas un système général.

L'article 1444 a créé les causes relatives, conformément au principe de la faute. Il a tenu compte à la fois des nécessités pratiques des droits existants et de la question de principe.

Les conditions de la cause relative de divorce d'après l'article 1444-1 est d'obtenir d'abord seulement la séparation de lit et de table. Cette disposition est d'accord avec l'idée présidant à la relativité de cette cause de divorce. Dans les causes relatives il y a souvent une situation où l'époux demandeur réclame la dissolution du mariage sur des faits qui n'interdisent pas l'espoir d'un rétablissement de la vie commune.

La séparation de corps temporaire est donc une épreuve. D'une part, l'époux innocent trouve là une protection; d'autre part, le divorce irrévocable ne crée pas l'irréparable. Cette institution de la séparation de corps dans l'article 1440 se rapproche du droit qu'a le juge dans l'article 580, C. P. O., de suspendre la procédure du divorce quand la réconciliation des époux est possible. L'article 1444 autorise le juge à prononcer le divorce aussitôt, si la réconciliation des époux apparaît impossible. Ces dispositions sont faites dans l'intérêt du

demandeur, qui ne peut plus supporter la vie commune, et aussi dans l'intérêt public, qui réclame autant que possible le maintien des mariages.

Une différence existe entre le point de vue du projet et l'article 580 du C. P. O. Le projet admet la plupart du temps et en principe la séparation de lit et de table alors que l'article 580 ne l'envisage que dans un autre ordre d'idées plus restreint. Il faut cependant observer que ce serait aller trop loin que de suivre les projets de réforme prussiens du divorce de 1844 et 1850 qui n'admettaient pour les causes relatives de divorce que la séparation de corps. Le principe de la relativité ne mène pas à une telle conclusion; il faut que l'on puisse prononcer le divorce tout de suite, si le juge est persuadé que les circonstances le réclament.

D'après l'article 1444-2, la durée de la séparation de lit et de table doit être déterminée dans le jugement. Le renouvellement du jugement de séparation après le délai peut être souhaitable. Il n'en est pas de même de la transformation automatique de la séparation de lit et de table en divorce (Voir Code civil, art. 306, 310 et loi du 27 juillet 1884).

Le principe de la relativité exprime plutôt la possibilité de donner au juge le droit d'apprécier la situation et aussi de prononcer le divorce ou de rétablir la vie commune.

L'article 1444-2 n'admet pas, conformément aux droits existants et à la pratique (Projet prussien de réforme du divorce; Loi de 1844; Loi suisse du 24 décembre 1874, art. 47), une durée de plus de deux années pour la séparation de corps. Le renouvellement ne doit pas durer plus de deux années au maximum. L'article 580 C. P. O. indique la même solution.

## **B) PROCÈS-VERBAUX DE LA 2<sup>e</sup> COMMISSION**

*(Protokolle der Kommission für die zweite Lesung.)*

La Commission entame la discussion concernant la dissolution du mariage (Titre V). La question de savoir si l'on maintiendra le sous-titre de l'en-tête ou si on le modifiera est renvoyée au commissaire rédacteur.

La Commission entre dans la discussion de la première section qui règle le divorce et la séparation de lit et de table.

L'article 1440 parle de la possibilité de divorcer et de se séparer temporairement. D'après l'article 1440-1, la dissolution du mariage avant la mort des époux ne peut avoir lieu que par un jugement judiciaire sous réserve des dispositions de l'article 1464. Ainsi le divorce par consentement mutuel et par rescrit du prince est interdit

Un amendement proposant le divorce par rescrit n'a pas été accepté. Cet amendement demandait également le divorce par consentement mutuel (amendements à l'article 1445). Ces propositions s'occupaient du consentement réciproque, mais elles le considéraient comme une question de fait. Le juge avait le soin de dissoudre l'union, afin que le principe énoncé par l'article 1440 fût respecté.

Le divorce du projet est, pour tous les cas, considéré comme rompant le lien du mariage.

Un amendement ajoutait au texte de l'article 1440, la disposition suivante :

« Pour les époux catholiques, le divorce a la valeur d'une dissolution de la communauté de vie conjugale. Les époux ne sont point autorisés à se remarier tant que l'un d'eux demeure en vie. »

L'auteur de la proposition soutenait ainsi l'amendement :

Le mariage est, d'après les enseignements de l'Église catholique, un sacrement. Il ne peut par conséquent être dissout que par la mort. D'après la Bible, l'adultère était une cause de séparation de lit et de table qui empêchait le remariage d'un des époux au cours de leur vie. Cette sévérité de l'Église catholique n'exprime pas seulement la pensée du Seigneur d'où l'Église a tiré son dogme, mais aussi la nature du mariage telle qu'elle dérive de l'expérience de la vie. Le mariage est l'union de l'homme et de la femme pour une communauté durable et indivisible du corps et de l'esprit. Les promesses que se sont faites l'homme et la femme devant l'autel n'empêchent pas, malgré tout ce qui peut arriver, que les époux demeurent l'un à l'autre. L'État lui aussi possède un intérêt à l'indissolubilité du mariage, car le mariage est le fondement de la famille et de la société. L'expérience a démontré jusqu'où peut mener le droit de divorcer dans nos sociétés modernes. Des statistiques publiées par les *Conrads Jahrbüchern für Nationalökonomie und Statistik*, tome 61, pages 259 à 269, accusent de 1882 à 1886 les chiffres suivants. Pour un divorce tant de mariages : en Suisse, 21,6 ; France, 51 ; Allemagne, 62 ; Pays-Bas, 98 ; Belgique 132, Suède, 134 ; Hongrie, 171 ; Autriche 214 ; Italie, 376. En Russie on compte, en 1880, 11 divorces pour 1.000 mariages ; de 1882 à 1886, 14 divorces. En Allemagne le chiffre des divorces a baissé : en 1881, 86 ; en 1882, 67 ; en 1883, 62 ; en 1886, 61. Dans certains États la situation est plus mauvaise. En 1881, pour un divorce, 50 mariages ; en 1882, pour un divorce, 54 mariages ; en 1866, pour un divorce, 61 mariages.

L'augmentation des divorces se trouve aussi confirmée par le chiffre des jugements de divorce :

En Allemagne : 6.088 jugements en 1889, 6.582 jugements en 1891. En Prusse, en 1890, on comptait 35.000 ménages dissouts. Il est certain que plus le droit de divorce est large plus il y a de divorces. Ainsi en France où l'on supposait, lors du vote de la loi de 1884, que les divorces seraient peu nombreux, on a dû déchanter. Les divorces sont déjà

devenus par leur nombre une menace pour l'institution du mariage.

L'amendement ne se place pas au simple point de vue catholique. Il tient compte aussi du développement historique et se place sur le terrain de toutes les confessions. Les conséquences à tirer du point de vue catholique sont opposées à celles établies par l'article 76 de la loi sur l'état civil, et par l'article 15 de la loi constitutionnelle d'organisation judiciaire. Le vœu de l'Église catholique, qui est de se voir attribuer le droit matrimonial, n'est pas soutenu par l'amendement. Celui-ci se borne à demander pour les catholiques d'Allemagne l'indissolubilité du mariage.

Sous cette forme, l'amendement présenté est acceptable. Le projet se trouve être en opposition avec le dogme catholique, aussi a-t-il rencontré des obstacles du côté catholique (Vœu du trente-cinquième Congrès catholique allemand de Fribourg-en-Brisgau, 1888). Ce qui prouve que l'amendement est conforme à l'état du droit des États modernes, c'est que le Code saxon a reconnu, dans son article 1769, la séparation de corps perpétuelle pour les époux catholiques. Si le projet du B. G. B. ne l'admet pas, 17 millions et demi d'Allemands catholiques sont susceptibles de demander le divorce contre leur conscience.

L'amendement a été repoussé par 17 voix contre 3.

La majorité ne trouva pas opportun d'abandonner le point de vue qui avait décidé la Commission à adopter la généralisation du divorce.

On fit remarquer notamment :

Si l'amendement était accepté, les personnes appartenant à la religion catholique devraient se conformer au dogme de l'Église, et cela n'est pas le rôle de l'État d'intervenir dans une question confessionnelle. En outre, la nature du mariage n'est-elle pas troublée dans son indissolubilité aussi bien par le divorce que par la séparation de corps? Le maintien du lien subsiste seulement par l'interdiction du remariage, et l'on peut dire que cela n'intéresse pas les rapports conjugaux. Enfin on peut répondre à ceux qui invoquent la question de conscience que les catholiques ne sont pas forcés de considérer le divorce comme une dissolution totale du mariage, Ils peuvent se conformer aux prescriptions de l'Église en ne se remariant pas.

D'un autre côté on a ajouté :

Quand on consulte des statistiques, il ne faut pas oublier que les chiffres des divorces avant 1881 n'étaient pas dressés avec sérieux. Les termes de comparaison manquent donc. De plus il faut remarquer que le droit matrimonial a varié pour le divorce selon les époques et que les pays protestants donnent des résultats différents et meilleurs que ceux des autres régions.

Pour l'article 1440-2 pas d'amendement.

On aborde avec l'article 1440-3 la séparation de lit et de table.

Un amendement est proposé par deux rédacteurs.

D'après l'un, la séparation de lit et de table doit être réservée aux catholiques. Le deuxième veut combiner la séparation avec le divorce.

Les articles 1445 seraient aussi modifiés par les articles 1445 *a* et 1445 *b*.

*Article 1445 a.* — L'époux qui, dans les cas déterminés par les articles 1441 à 1445, est en droit de demander le divorce peut (à la place du divorce) demander la suppression de communauté de vie conjugale.

Si l'autre époux désire le divorce, il y aura lieu de considérer la demande comme une demande en divorce.

*Article 1445 b.* — Si la demande en suppression de communauté de vie conjugale est reconnue, chacun des époux peut, si la vie commune n'a pas été reprise, formuler une nouvelle demande en divorce, basée sur le jugement.

A l'appui de l'article 1445 *a* on exposait :

L'amendement ne cherche pas à réintroduire la séparation perpétuelle de lit et de table. La séparation perpétuelle est vis-à-vis de l'autorité paternelle et de l'éducation des enfants un véritable divorce avec interdiction de se remarier. Tout autre est la séparation perpétuelle de l'amendement. D'après lui, la séparation n'est pas une séparation vis-à-vis l'autorité paternelle et l'éducation des enfants. Certes le mariage perd, par cette séparation, sa valeur réelle et matérielle. Seulement cette séparation dépend de la volonté des époux et elle demeure tant que cette volonté des époux existe.

Les avantages de ce genre de séparation perpétuelle sont les suivants :

L'époux innocent, qui était obligé par l'article 1447 de demander aussitôt le divorce, sans quoi il perdait le bénéfice de l'action en divorce par la prescription, n'est plus placé sous la volonté de l'autre époux. De nombreuses demandes en divorce provoquées par cette alternative disparaissent. L'amendement donne seulement à l'époux innocent la possibilité de choisir en toute liberté.

Pour l'article 1445 *b* l'argumentation était :

L'amendement se place sur le terrain que l'État moderne doit envisager.

L'époux catholique n'ayant pu demander le divorce, la partie défenderesse n'en ayant pas voulu, un jour viendra où ces époux peuvent demander le divorce. La séparation aura donc reculé le divorce. D'ailleurs l'expérience a montré, en France, que les ménages avec enfants, qui se sont séparés, divorcent peu. Les divorces provoquent tant de malheurs sociaux, ils sont si nombreux, qu'on doit tout faire pour ne point les favoriser. Entre le divorce et la séparation de corps, il y a une modalité qui permet la réconciliation et la réparation du passé. D'un côté on a demandé que l'article 1445 *b* fût modifié afin que le divorce ne fût accordé qu'après l'écoulement d'un délai de deux

ans à partir du jugement de séparation. Cet amendement a été pris en considération.

La Commission écarte par 15 voix contre 3 l'article 1445 *a*-2, le reste devant être adopté avec l'article 1445 *b*. La Commission a fini par repousser le tout par 12 voix contre 6 et l'article 1440-3 phrase 1 a été rayé.

La majorité fournit l'explication suivante :

L'amendement a certes des avantages, mais il oublie les inconvénients qui dépassent de beaucoup les avantages. D'abord contre l'amendement on peut dire qu'il est nécessaire de faire figurer dans un procès de dissolution la cause de divorce. Or l'intervention du juge dans une décision à prendre par les deux époux, peut les exaspérer. L'expérience le prouve.

De plus, le juge n'a qu'un rôle automatique qui lui ordonne d'intervenir entre les époux afin de leur demander quelles sont les fautes qu'ils invoquent (1445 *b*) pour divorcer.

Enfin, la loi de 1875 sur l'état civil des personnes a déjà repoussé ce système. On ne peut revenir en arrière.

*Article 1443* (Abandon malicieux).

A l'article 1443, on a proposé les modifications suivantes :

1<sup>o</sup> Suppression de l'en-tête.

2<sup>o</sup> Rédaction du paragraphe 2 comme suit :

Il y a abandon malicieux, si l'autre époux, après avoir été condamné au rétablissement de la vie commune continue à rester éloigné du foyer conjugal jusqu'à la disparition de l'action en divorce. Le délai compris entre la mise en vigueur du jugement, ayant force de chose jugée et la disparition de la demande en divorce est de six mois.

3<sup>o</sup> Rédiger l'article 1443 comme suit;

Un époux peut demander le divorce, quand l'autre époux l'a malicieusement abandonné.

Il y a abandon malicieux :

1<sup>o</sup> Quand l'époux qui a abandonné l'autre se refuse pendant une année avec intention malicieuse, après avoir été condamné au rétablissement de la vie conjugale, à suivre le jugement.

2<sup>o</sup> Quand l'époux qui a abandonné l'autre, demeure éloigné depuis un an du foyer conjugal et laisse courir contre lui les délais légaux...

4<sup>o</sup> Dans le paragraphe 2 de l'article 1443, mettre six mois à la place d'un an.

Voici l'argument principal qui soutenait ces amendements.

Il suffit d'un an pour juger que le rétablissement de la vie commune est possible ou non. L'intérêt de l'État de voir se maintenir le mariage ne doit pas se confondre avec le désir de pardonner de la part de l'époux innocent.

Ces projets furent en partie admis.

## CAUSES RELATIVES DU DIVORCE

Voici les principaux arguments, qui accompagnent les quatorze amendements à l'article 1444.

Les articles 1441 à 1443 énumèrent les causes absolues de divorce. Si en dehors de ces cas, un époux est l'objet d'un trouble empêchant la bonne harmonie du ménage, il doit chercher dans l'article 1444 la possibilité de se séparer de corps ou de divorcer.

La reconnaissance du système des causes relatives du projet a été rejeté par l'amendement n° 11.

L'article 1444 établit, ainsi s'exprime le rédacteur de l'amendement, un principe sans valeur. Il n'est pas admissible que le divorce dépende d'une interprétation du juge, comme le projet le demande. L'insécurité des décisions de droit est la suite nécessaire de l'application de l'article 1444. On peut aboutir ainsi à l'extension qu'à la limitation du divorce.

En faveur du projet on a soutenu :

Pour apprécier la question, il faut envisager le mariage à deux points de vue :

D'une part au point de vue subjectif : le mariage est basé sur l'amour réciproque des époux et il n'existe plus lorsque l'amour a disparu. La conséquence normale est d'accorder dans ce cas l'entière liberté de divorcer.

D'autre part au point de vue objectif. Le mariage est une association des époux, dont le maintien repose sur l'ordre moral. La conséquence de cette interprétation est que le mariage doit être indissoluble.

Le projet s'est inspiré des législations les plus récentes. De ce fait il s'est arrêté principalement à la deuxième interprétation.

Le projet a considéré, reprenant ici l'idée des projets de réformes prussiennes, qu'au lieu d'énumérer une liste de causes absolues, il était préférable au cas d'impossibilité de continuer la vie commune, d'établir une formule générale. L'amendement n° 1 qui proteste contre cette idée n'est pas à suivre.

On s'est accordé à limiter la discussion sur le point de savoir s'il n'y avait pas moyen de rédiger un texte y comprenant le consentement d'après l'amendement n° 11 (1).

Des divers côtés la question fut écartée. Il est à prévoir que l'époux innocent qui a été blessé par la partie coupable et qui se voit dans l'impossibilité de continuer la vie commune obtiendra, ou se verra

---

(1) Cet amendement ne contient pas moins de 45 lignes, ce qui ferait deux pages de notre texte. Il remplace l'article 1444 par de nombreuses dispositions qui tendent à prévoir le plus grand nombre de cas de divorces non désignés par les articles 1441, 1442, 1443.

refuser par l'époux coupable le consentement. Il serait à craindre que la partie coupable, continue ses persécutions afin d'obtenir de la partie innocente certains avantages en échange de son consentement.

L'admission du divorce par consentement mutuel fut aussi repoussée comme étant une cause trop facile de divorce.

La suite de la discussion sur cette question fut interrompue par la prise en considération d'un ordre du jour concernant un amendement tenant compte du n° 11 et de l'article 1444.

En conséquence l'article 1444 fut remplacé par un texte dont les éléments sont les suivants :

a) *Violation des devoirs conjugaux*. — L'article 1444 autorise le divorce dans le cas où un des époux se rend responsable vis-à-vis de l'autre de la violation des devoirs conjugaux. L'amendement numéro 11 parle « de la violation intentionnelle et répétée avec ténacité » (*absichtlicher und hartnäckiger Verletzung*). On a pas conservé cette phrase de l'amendement. L'amendement 2 a demandé la suppression du terme « eheliche ». Le rédacteur de l'amendement affirme que le mot « eheliche = conjugal » peut amener à confondre le *delictum conjugale* avec les devoirs conjugaux en général.

b) *Séviées graves*. — Le projet prend comme exemple de violation de devoirs conjugaux, le cas des séviées graves. Le projet numéro 11 n'admet comme séviées graves, cause de divorce, que ceux qui sont nuisibles à la santé. La majorité s'est opposée à cette interprétation. Il y a des séviées graves qui ne sont pas nuisibles à la santé et qui cependant à la longue sont nuisibles aux rapports et à la bonne harmonie du ménage. Au contraire il y a des séviées nuisibles à la santé qui n'ont pas pour effet d'apporter un trouble dans le ménage lorsque par exemple ils arrivent une fois par hasard.

c) *Conduite deshonorante et immorale*. — Le projet reconnaît comme cause relative la conduite deshonorante et immorale. Comme exemple d'une telle conduite on cite un crime ou un attentat perpétrés après la conclusion du mariage. La rédaction de l'amendement 2 écarte cet exemple. Il admet que l'amendement 8 peut avec son expression *ehrlose und unsittliche*, le remplacer. Le promoteur de l'amendement 5 cß veut étendre l'exemple à la condamnation aux travaux forcés et à la prison à condition qu'elle dépasse trois ans. L'instigateur de l'amendement numéro 7 veut rayer les mots *nach Schliessung der Ehe begangenes*.

La majorité décida de reconnaître comme causes relatives de divorce la conduite deshonorante et immorale.

En faveur de cette option elle présente la thèse suivante :

Le projet a cité le cas de l'accomplissement d'un meurtre ou d'un délit pour donner à l'article 1444 un motif plus concret. Il est à

craindre que cette prévision ne donne lieu à des hésitations nombreuses. D'abord il peut y avoir lieu à un malentendu sur la nature de l'acte accompli par l'époux. Une semblable rédaction de l'article 1444 augmenterait le nombre de divorce pour cause relative. L'amendement partiel numéro 5 n'accorde le divorce que pour les crimes et délits qui engendrent la peine des travaux forcés et une condamnation à trois ans de prison. Cette solution n'est pas non plus acceptable.

Il est préférable d'englober le crime et le délit dans une phrase générale, qui permet de demander le divorce pour cette cause s'il y a lieu. L'impossibilité de continuer la vie conjugale doit être appréciée par rapport aux relations des époux et non sur une condamnation que l'époux innocent peut oublier.

d) *Refus de la célébration religieuse du mariage par le mari.* — L'amendement 5 *ca* donne comme autre exemple de conduite déshonorante et immorale le refus intentionnel d'assister à la célébration religieuse du mariage. L'amendement 10 exige comme condition supplémentaire à cette cause de divorce la nécessité que la communauté de vie ait commencé.

A l'appui de ces amendements on a rappelé les mêmes raisons formulées en faveur de l'annulation du mariage (p. 79 et 80 Pr.).

Les promoteurs de ces amendements ont ajouté :

D'après le dogme catholique, le mariage est un sacrement; le mariage doit donc revêtir une forme catholique, sans quoi l'union n'est pas un mariage mais un concubinat.

Les catholiques commettent un péché très grave en remplissant le devoir conjugal si le mariage n'a pas été consacré par l'Église.

D'un autre côté, un époux catholique qui n'a pas été marié à l'Église et qui se refuse à remplir le devoir conjugal risque de voir l'autre conjoint demander le divorce pour inexécution du devoir conjugal. La législation civile ne reconnaît en effet que le mariage civil. La population catholique se voit donc dans ce cas, dans une situation inquiétante. Elle ne peut violer la loi catholique ou la loi civile. La loi civile doit chercher à éviter ce conflit.

On a cherché à justifier cet amendement vis à vis de la population évangélique.

Les enseignements protestants ne considèrent pas le mariage comme un sacrement. Cependant le devoir de chaque chrétien est d'appeler sur son union la bénédiction de l'Église. Cette coutume s'est étendue à travers les siècles à tous les milieux protestants. La bénédiction religieuse des épousailles est donc un devoir pour tous et une coutume indiscutable, malgré l'introduction du mariage civil. Il est souhaitable que la législation reconnaisse la coutume en joignant à l'article 1444 les amendements précités.

La majorité repoussa ces amendements. Elle justifia son attitude par les motifs suivants :

Le droit civil bourgeois ne s'occupe que des conditions et effets des actes civils. Pour la législation civile, le mariage conclu devant l'officier de l'état civil présente seul de la valeur. Si l'État reconnaissait le mariage religieux il dégraderait le mariage civil.

On a aussi rappelé la nécessité pour l'État de demeurer neutre en matière religieuse.

Enfin on a indiqué qu'il était difficile d'assimiler à une conduite déshonorante et immorale le fait de ne pas se conformer à un usage qui par exemple dans les pays rhénans n'est plus depuis longtemps exigé.

La majorité a repoussé les amendements 5 c  $\alpha$  et 10 par 16 voix contre 5.

c) *Effets des causes relatives de divorce.* — Le projet accorde à l'époux innocent au prime abord la séparation de lit et de table pour les causes relatives; le divorce consécutif ne peut seulement être prononcé que dans le cas où il est certain que le rétablissement de la communauté n'est plus possible.

A la suite de l'expiration du délai du jugement de séparation il peut y avoir une nouvelle demande en divorce.

Deux points de vue ont dominé les amendements 1, 2, 3, 4, 6, 9 et 12 qui se rapportent à l'article 1444 :

1<sup>o</sup> L'époux injurié a le choix entre le divorce et la séparation de corps. Tant que la réconciliation des époux est possible le juge ne doit prononcer que la séparation de lit et de table;

2<sup>o</sup> L'époux injurié n'est autorisé à demander le divorce qu'au bout d'un certain temps.

L'ensemble de ces deux idées a subi des modifications et quelques éléments seuls ont subsisté dans le projet 2.

*Le divorce pour cause de maladie mentale.* — Au cours des débats, des projets d'introduction de la maladie mentale ont été présentés.

Ils ont été soutenus comme suit :

Le projet n'a pas admis la maladie mentale. Il a écarté ainsi une grande partie du droit en application, particulièrement l'A. L. R. II 1, articles 698, 759, le Code saxon, article 1743; le Code badois et d'autres lois allemandes (M. p. 565). Le projet est toutefois en harmonie avec le Code civil (français) qui s'attache au principe de la faute (art. 233, 275, 294, 297, 305). De nombreux côtés le point de vue du projet a été défendu (M., p. 571).

D'autre part, au contraire, en s'appuyant sur les nécessités de la vie, on a critiqué la disparition de la maladie mentale. On est aussi arrivé à introduire dans le projet 2, non pas toutes les maladies du cerveau, mais la maladie mentale ou démence.

D'après le texte du projet, voici les dispositions proposées : un époux

peut demander le divorce quand l'autre époux est devenu fou. La maladie mentale doit avoir duré pendant trois années et avoir atteint un tel degré qu'elle empêche la reprise de la vie commune.

En faveur du degré de folie on a dit :

La maladie mentale doit être qualifiée. Le juge doit établir son incurabilité.

Ce n'est qu'au bout de trois ans qu'une maladie mentale peut être reconnue comme incurable. La mort de l'esprit doit rappeler celle du corps et les intervalles lucides ne doivent pas être susceptibles de se produire.

Des amendements recherchaient des garanties par la détermination de la maladie mentale. Ils obéissent à l'idée que la vie commune doit être empêchée (amendement 2 d).

Le projet 22 veut que la communauté intellectuelle soit supprimée.

L'impossibilité de poursuivre la communauté de vie conjugale n'était cependant pas suffisante pour déterminer le divorce pour cause de démence. Il fallait exiger la sûreté du diagnostic. Souvent cela n'est pas possible. Cependant l'examen dans un hôpital public d'aliénés ou dans une maison spéciale par des médecins réputés doit permettre plus d'exactitude. Pour les classes pauvres et moyennes l'objection de la cherté d'un tel procédé se comprend. Il y a un trop petit nombre d'asiles publics d'aliénés dans certains États. Ce serait grave d'accorder confiance aux établissements d'aliénés privés en cette matière. Il vaut mieux établir un délai qu'une époque d'observation. Si la maladie mentale dure pendant trois années consécutives sans intervalles lucides, le divorce peut être prononcé. Si au contraire il y a amélioration, le délai tombe.

L'amendement 19 qui proposait de déclarer que la démence devait être contemporaine au mariage, avait été l'objet d'un contre-amendement qui désirait supprimer « pendant le mariage ». Il resta sans échos.

L'amendement 13 b insistait pour que le divorce ne fût pas reconnu avant que le tribunal ait procédé à plusieurs épreuves concernant la lucidité de l'époux malade. C'était une limitation au droit du juge de prononcer le divorce. La majorité en admit l'idée. La démence était introduite dans le deuxième projet.

### **C) Denkschrift zum Entwurf.**

*(Mémoire du Ministère de la Justice, accompagnant le dépôt du P 4 sur le bureau du Reichstag.)*

La position prise par le projet sur la question du divorce a été prise à l'article 77 de la loi sur l'état civil des personnes et sur les choses du mariage, du 6 février 1875 (*Reichsblatt*, p. 23) qui dit :

lorsque les lois existantes prononcent la séparation des époux, il y aura lieu de prononcer désormais la dissolution du mariage.

D'après l'article 1547-2, le divorce a lieu par jugement conformément au plus grand nombre de lois (A. L. R., art. 668, 721; Code saxon, art. 1912).

Le droit de prononcer le divorce par rescrit est donc supprimé.

Les droits existants étaient : le droit canonique qui admet la séparation perpétuelle de lit et de table pour adultère, à la place du divorce. Le droit protestant commun qui reconnaît le divorce pour adultère et abandon malicieux.

La pratique protestante y ajoute d'autres cas, notamment la quasi-désertion, la violation des devoirs conjugaux, l'attentat à la vie, la maladie; — l'A. L. R., qui admettait le divorce pour diverses maladies; le Code saxon, articles 1711 à 1745, 1767, 1770, qui s'inspire de la pratique protestante, admet la démence; — le Code civil français (art. 229 et suivants) qui est maintenu en Alsace-Lorraine par la loi du 27 novembre 1873 et qui s'applique en Bade et Hesse.

Le point de vue du projet (P. 4) s'est surtout inspiré du principe protestant de la responsabilité. Le Code saxon a observé cette règle. L'État a un intérêt capital à éviter les mariages superficiels et à maintenir les unions sérieuses, surtout pour les enfants. Les raisons sur lesquelles est basé le principe de la responsabilité sont que l'union ne peut être continue, si l'un des époux ne remplit pas son devoir ou s'il trouble la vie commune. Le rôle du juge est de discerner et rechercher cette faute sans laquelle il ne peut y avoir matière à divorcer.

Les causes sont d'après le projet (P. 4) : 1<sup>o</sup> l'adultère et les cas assimilés (art. 171, 175 Code pénal concernant la bigamie et les actes contre nature); 2<sup>o</sup> l'attentat à la vie; 3<sup>o</sup> l'abandon malicieux; 4<sup>o</sup> les causes relatives; 5<sup>o</sup> la démence.

Cette dernière cause, rejetée par le premier projet, a été admise par les projets suivants, comme une exception au principe de la faute. Ce motif existait dans l'A. L. R., le Code saxon, le droit commun badois, la loi de Gotha, la loi d'Altenbourg.

Le droit de divorce se perd, comme dans les droits existants par le pardon et la prescription.

Pour les causes autres que la démence, on doit insérer dans le jugement le nom de l'époux coupable.

La dissolution du mariage entre en vigueur le jour du jugement.

Effets du divorce (Nom de la femme. Entretien des époux. Entretien des enfants. Révocation des donations).....

### **D) Bericht der Reichstagskommission.**

*(Compte rendu de la Commission du Reichstag.)*

Sept amendements sont proposés aux articles 1550 à 1552.

Un débat général s'engage sur l'ensemble des amendements.

Pour la défense du projet, il a été rappelé qu'il était dans l'intention des réformateurs d'introduire un droit de divorce plus sévère que l'A. L. R. prussien. La législation de Frédéric le Grand pensait que le mariage était une institution ayant pour but l'éducation des enfants dans l'intérêt de l'État. Conformément à cette conception, le divorce avait été facilité. Il était pour les unions sans enfants autorisé par consentement mutuel et dégoût insurmontable. Ces dispositions étaient en harmonie avec la conception qu'on se faisait en ce temps du mariage. On peut dire que les idées ont varié dans le sens de l'amélioration. Le projet a tenu compte du progrès. Dans l'intérêt public la valeur du mariage a été renforcée. On a remarqué que plus le divorce était facile, plus les époux se désintéressaient de maintenir le mariage à sa juste dignité.

La nécessité de réformer le droit prussien, qui avait été appliqué pendant plus d'un siècle, se fit jour à plusieurs reprises. Le Code saxon en marqua la plus importante modification. Il est à noter que maintenant le droit du divorce vaudra pour les catholiques, alors que d'après leurs conceptions religieuses ils le repoussaient. L'A. L. R. prussien est donc issu du droit des États protestants.

Le projet s'est placé sur le terrain de l'ancien droit matrimonial allemand, notamment sur celui de la pratique jurisprudentielle. On envisage que le divorce en principe doit être accordé dans tous les cas où il y a une atteinte grave aux devoirs matrimoniaux. C'est là l'expression même de la pensée du peuple sur la nature du mariage. Dans l'intérêt public, on y a fait des exceptions, la maladie mentale par exemple.

On a fait des objections à l'admission du divorce. Elles n'ont pas eu de résultats. La pensée est sans doute exacte, qui consiste à dire que le mariage concret doit être supporté pour qu'il subsiste.

Certains membres de la Commission exposent l'idée que ce principe devrait être approuvé dans le projet au point de vue général mais non dans les détails.

La maladie mentale, par exemple, devrait être écartée sans réserve. Quant au divorce par consentement mutuel pour les ménages sans enfants, il est complètement inacceptable. Le mariage de l'A. L. R. est rationnel, lâche et matériel. C'est pour cela que ce droit avait facilité le divorce.

Ces conceptions ne sont plus admissibles.

Les membres catholiques repoussent le divorce en disant que les

catholiques considérant le mariage comme étant indissoluble, il ne peut être procédé à sa dissolution.

C'est sur cette considération que l'article 1308 B. G. B. a été rédigé (Voir p. 84, *Ber.*). Cet article s'occupe des empêchements au mariage.

Les catholiques souhaitaient en conséquence qu'à côté du divorce il y eut la séparation de lit et de table pour les catholiques.

Ces points de vue ayant été exposés, il s'agissait de rechercher un droit civil du divorce qui tint compte des principes catholiques.

Si l'on suppose que malgré la conception catholique, qui remplace le divorce par la séparation de lit et de table, le divorce soit admis du fait que la majorité du peuple allemand le possède, la nécessité d'y introduire la maladie mentale comme cause de divorce n'est pas indiquée.

En effet, le projet observe le principe de la faute. Or, dans le cas de démence, il ne saurait être question d'une faute.

De même quant à la disposition de l'article 1557 qui n'est pas à approuver. Cet article régleme dans une formule générale, les causes relatives du divorce, dont l'appréciation subjective est entre les mains du juge. Le droit du divorce devrait être au contraire établi sur des faits précis. L'appréciation subjective devrait être interdite. L'article 1551 est une extension du divorce qui enlève au mariage son caractère moral et qui peut influencer malencontreusement sur sa stabilité.

Dans le divorce pour abandon malicieux on peut reconnaître qu'il y a faute d'une partie. Cependant, l'abandon malicieux n'est pas pour l'autre époux un motif de souhaiter le divorce quand l'époux innocent n'a pas l'intention de contracter un nouveau mariage. On ne peut pas dire, dans ce cas, que le mariage est devenu intolérable à l'époux innocent. L'abandon malicieux favorise au contraire le vœu de la partie abandonnée qui peut désirer se remarier. On voit que la valeur morale du mariage est diminuée.

Nombreux sont ceux qui ont dit que dès l'instant qu'on admettait l'article 1551 (causes relatives), on pouvait laisser de côté les articles 1548 à 1550, qui traitent des causes absolues.

On a répondu que, de toute façon, les articles 1548 à 1550 devaient être maintenus pour une raison de fait. Il faut en effet considérer que le B. G. B. est employé par les masses populaires qui sont habituées à certaines causes de divorce. Ces masses populaires se sentiraient inquiètes, si les plus graves attaques au mariage n'étaient inscrites comme causes spéciales dans le B. G. B. Leur sens moral en serait atteint...

D'autres considérations amenèrent finalement les membres des autres partis à réclamer que le divorce fût rendu plus facile. Ils s'appuyaient sur l'A. L. R. qui avait été appliqué depuis un siècle, et qui est toujours conforme aux mœurs actuelles.

La discussion se poursuit sur chaque article...

### **E) Débats du Reichstag.**

Il nous est difficile de choisir certains extraits des débats du Reichstag sur le divorce. Le compte rendu *in extenso* serait seul capable de représenter la physionomie d'ensemble des séances. Or les vingt discours prononcés sur le divorce au cours des trois lectures du B. G. B. du haut de la tribune du Reichstag représentent environ une centaine de pages. Nous nous bornons à renvoyer d'une part aux documents sténographiques (*Beratung*) allemands et d'autre part aux quelques passages que nous avons cités dans la deuxième partie de notre étude, chapitre I. La discussion du Reichstag a porté en effet principalement sur les causes relatives et la démence.

A noter que la discussion article par article a eu lieu en deuxième lecture.



